

TEORIA GERAL DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO*

Constituição e Processo. O Modelo Constitucional e a Teoria Geral do Processo Constitucional. Natureza e Categoria dos Princípios Processuais Inseridos na Constituição.

Os levantamentos sobre o Processo Constitucional partem de análises sobre o conceito, a extensão e limites das garantias constitucionais. Eduardo J. Couture, ao tratar da tutela constitucional do processo, afirma ser o mesmo instrumento de proteção do direito. A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte as garantias. Com essas reflexões, apresenta algumas premissas:

a) A Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana;

* Professor Titular. Livre Docente em Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Direito Político. Doutor em Direito. Coordenador Didático do Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos. Professor da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG (Doutorado e Mestrado). Professor da Pós-Graduação da UBM – Barra Mansa – Rio de Janeiro. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Prêmio Pontes de Miranda pelo Livro “Teoria Geral do Federalismo”. Membro de Diversos Conselhos Editoriais de Revistas Estrangeiras e Nacionais.

b) A lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir esse processo;

c) A lei não pode conceber formas que tornem ilusórias a concepção de processo, consagrada na Constituição;

d) A lei instituidora de uma forma de processo, não pode privar o indivíduo de razoável oportunidade de fazer valer seu direito, sob pena de ser acoimada de inconstitucional;

e) Nessas condições, devem estar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local institui, para fazer efetivo o controle de constitucionalidade das leis.

Entende-se constitucional e processualmente, a razoável oportunidade de se fazer valer do direito, para execução de garantias em que: o demandado tenha tido a devida notícia ou citação, que pode ser atual ou implícita; todos devem ter oportunidade adequada para comparecer e expor seus direitos, inclusive o de declará-lo por si próprio; apresentar testemunha, documentos relevantes ou outras provas; o Tribunal, perante o qual os direitos são questionados, deve estar composto de maneira tal que estejam presentes as condições de honestidade e imparcialidade; deve esse Tribunal ser competente para examinar os conflitos constitucionais.

Essas condições, para o demandante e o demandado, têm a denominação genérica de ter direito e estar um dia ante o Tribunal (his day in Court).

As garantias constitucionais do processo alcançam todos os participantes do mesmo. O processo, como garantia constitucional,¹ consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração

¹ **GALEOTTI, Serio.** *La Garanzia Costituzionale (Presupposti e Concetto)*, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1.950; **PIZZORUSSO, A. Volpe, G. SORRENTINO, Moretti, R.** "Garanzie Costituzionali, Comentario della Costituzione a cura di Cura di G. Branca. Art. 134-139, Zanichelli Editore Bologna, Il Foro Italiano, Roma, 1981; **BADENI, Gregório.** "Nuevos Derechos y Garantías Constitucionales, AD-Hoc, Buenos Aires, 1.995; **LAVIÉ, Humberto Quiroga.** "Los Derechos Humanos y Su Defensa Ante la Justicia, Editorial Temis, S. A., Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1.995.

de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis.

Mostra Eduardo J. Couture que esses preceitos constitucionais passaram a ter nível internacional, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada pela Assembléia das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, cujos textos dizem:

8º - Toda pessoa tem um recurso perante os Tribunais nacionais competentes, que a ampara contra atos que violam seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição ou pela lei;

10º - Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça, perante Tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para que se examine qualquer acusação que pese contra ela em matéria penal.

Entende Couture que incumbe à doutrina procurar, em linguagem universal, o que é processo, recurso, plena igualdade ou ser ouvido publicamente.

Algumas regras são básicas para a compreensão de pontos essenciais à tutela constitucional do processo: a correta citação (*audiatur altera pars*), sendo que a falta de citação, nos casos concretos, gera nulidade; inconstitucionalidade por falta do respeito aos prazos; inconstitucionalidade por sonegação do direito de audiência ou de ser ouvido; inconstitucionalidade pela privação de provas, para correção de erros de procedimento; inconstitucionalidade por supressão ou privação de recursos; inconstitucionalidade por privação de revisão judicial; inconstitucionalidade por falta de idoneidade do juiz, pelo que é

garantia fundamental a existência de Tribunal competente e imparcial, que não viole a garantia do *due process of law*.²

O Processo Constitucional efetiva-se através desses pressupostos, bem como da consagração dos procedimentos que garantem os direitos das partes, outorgando-lhes oportunidade razoável para defender-se e fazer valer suas provas. Em todas essas circunstâncias deve-se assegurar a efetiva igualdade das partes, em todas as fases de atuação no processo. Os princípios do devido processo legal, da defesa em juízo e do acesso à justiça foram elevados à categoria de disposições internacionais.

O direito continental europeu tem incrementado o interesse da doutrina e da jurisprudência, com o exame das garantias constitucionais do processo civil.

Héctor Fix-Zamudio destaca a importância de se chegar ao conceito, extensão e limites das garantias constitucionais no processo civil.

Percebe-se que a simples elevação de certos princípios à condição de preceitos constitucionais, não era suficiente para garantir sua eficácia.

Mostra Fix-Zamudio as deduções que surgem acerca do processo ordinário e das garantias constitucionais, para chegar-se à concepção do processo estritamente constitucional, como instrumento ou meio de tutela dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Algumas constituições e as legislações ordinárias exigem que, para interposição dos instrumentos específicos de proteção aos

² COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. p. 148 e ss; ZAGREBELSKY, G. "Processo Costituzionale", em Enc. dir., XXXVI, Milão, 1987; ABBAMONTE, E. "Il processo costituzionale italiano", vol. 2, Napoles, 1957; AA. VV. (a cura di R. Romboli), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Turim, 1.990, AA. VV. (a cura di R. Romboli), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Turim, 1.993.

direitos fundamentais, como os recursos constitucionais na Suíça e na República Federal da Alemanha, era necessário esgotar todos os métodos de impugnação judicial ordinária. Em vários ordenamentos, o processo ordinário é o meio através do qual pode-se lançar a questão de inconstitucionalidade incidental, quando se considera que a lei aplicável no processo contraria a Constituição. Os sistemas constitucionais que seguiram o modelo austríaco criaram Tribunais constitucionais específicos.

Sistematizando os instrumentos do direito judicial constitucional, Fix-Zamudio apresenta-os sob três categorias: a) esses direitos referem-se à necessidade que têm os jurisdicionados de contarem com uma jurisdição preestabelecida legalmente, de maneira independente e imparcial, para que se configure o conceito de “juiz natural”; esses direitos relacionam-se diretamente com a situação jurídica das partes, expressa pela idéia do direito de defesa; a última categoria refere-se às formalidades essenciais do procedimento.

O direito ao Juiz competente, o direito ao juiz natural e a imparcialidade do julgador são garantias de caráter constitucional e judicial. São elas de significado genérico, que atingem a todo tipo de processo e dos ordenamentos jurisdicionais.³

Na instrumentalização dos pressupostos inerentes ao dualismo Constituição e Processo, destacam-se os direitos de ação e os direitos de defesa. Para a efetivação dos mesmos reconhece-se a igualdade processual das partes e as formalidades essenciais do procedimento (notificações, publicidade, oralidade, oportunidade probatória e saneamento processual).⁴

3 BODRÍGNEZ-AGUILERA, Cesário. *El Poder Judicial en la Constitución*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1.980; ROVIRA, Antonio. *Jurisdicción y Constitución*, Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 102, Nueva Época, outubro, dezembro, 1.998, pp. 39 e ss; MORÓN, Miguel Sánchez. “Justicia constitucional”, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1.994.

4 FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, México, 1974.

No exame científico da relação entre Constituição e Processo, que tem gerado expressões como Processo Constitucional ou Direito Processual Constitucional, destaca-se a Teoria Geral do Processo, pela sua importância na formulação teórica do assunto. Admite-se que o direito processual tem linhagem constitucional, circunstância que dá maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais, em todas as instâncias. As apreciações sobre as instituições essenciais do direito processual civil levam à compreensão de sua importância, para a concretização dos direitos fundamentais.⁵

Os trabalhos de Processo Constitucional, tecendo considerações em torno da Constituição e do Processo, ao ressaltarem o direito ao devido processo (*el derecho al proceso debido*), destacam alguns pontos essenciais:

- o direito constitucional de ação;
- o direito constitucional de defesa;
- o direito à prova: acolhimento e prova proibida;
- o direito de tutela a um processo, sem dilações indevidas;
- o direito aos recursos.⁶

O direito de ação consolida-se na compreensão de que todas as pessoas têm de obter a tutela efetiva dos juizes e tribunais, na concretização e exercício de seus direitos e interesses legítimos. A ação, considerada como direito público constitucional, é aceita pela doutrina. O direito constitucional de defesa decorre do princípio do contraditório.

Os modelos constitucionais, no seu relacionamento com o Processo Civil, têm propiciado conceitos como o de jurisdição originária (*“Giurisdizionalità originaria”*) e

5 MORELLO, Augusto Mario. *Couture y el moderno Derecho Procesal constitucional Su Tiempo e el Nuestro*. Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Fundación de Cultura Universitaria, Patrocinada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1, 1987, p. p. 9 e ss.

6 SENDRA, Vicente Gimeno. *Constitucion y Proceso*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1.988, p.p. 73 e ss; FAZZALARI, Elio. *“Istituzioni di Diritto Processuale”*, CEDAM, Padova, 1.994.

jurisdicionalidade constitucionalmente derivada do processo (“giurisdizionalità costituzionalmente derivata” del processo).

As constituições, como a da Itália, passaram a conter princípios e normas atinentes ao exercício da jurisdição, propiciando o desenvolvimento do procedimento jurisdicional.

O modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional. No paradigma constitucional do procedimento jurisdicional, assume papel de relevo o juiz.

Esse entendimento, como fundamento constitucional da garantia, proclama que ninguém pode ser privado do juiz natural, designado por lei. Italo Andolina e Giuseppe Vignera afirmam que essa colocação constitucional (art. 25, da CI) consagra uma das mais importantes manifestações da garantia constitucional.⁷

A garantia do juiz preconstituído implica no dever de se instituir uma ordem jurisdicional competente em determinar, nos casos concretos, o direito aplicável. Essa estrutura jurisdicional pode constituir-se de uma pluralidade de órgãos, aos quais é deferida a competência inerente ao ofício judiciário ou por meio de um órgão monocrático especial.⁸

A descrição formal da garantia, enunciada no art. 25 (CI), consagra a preconstituição do juiz, como exercício da reserva legal. As expressões juiz natural (“giudice naturale”) e juiz preconstituído

7 PIZZORUSSO, Alessandro. Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale, Riv. trim. dir. proc. civil, 1975; ANDOLINA, Italo. VIGNERA, Giuseppe. “Il Modello Costituzionale del Processo Civil Italiano”, G. Giappicheli, Editore, Torino, 1.990.

8 GREVI, Norme modificatrici delle circoscrizioni giudiziarie e garanzie del giudice naturale precostituito per legge, em Riv. it. dir. proc. pen. 1967, 1010; Simiscalco, La garanzia della precostituzione del giudice e il mutamento delle circoscrizioni territoriali, em Giur. cost., 1967, 656; PIZZORUSSO, Alessandro. Sul significato dell’ espressione “giudice nell’art. 25, comma 1, della Costituzione, em Giur. cost. 1970, 1067; LIEBMAN, Tulio. Giudice naturale e costituzione del giudice, em Riv. dir. proc. 1964, 331; Taormina, Giudice naturale e processo penale, Roma, 1972; Romboli, Il giudice naturale, I, Milano, 1981.

por lei (“giudice preconstituito per legge”) levam a certas conclusões recepcionadas pela doutrina:

a) aceita-se a perfeita coincidência de conteúdo conceitual entre as duas expressões, através da compreensão de que o “juiz natural” equivale a “juiz preconstituído por lei”, resolvendo-se a querela entre a compreensão da garantia da “naturalidade” e a da preconstituição legislativa.⁹

As expressões “juiz natural” e “juiz preconstituído por lei” exprimem conceitos diversos, mas elas se comunicam instrumentalmente, quando objetivam a tutela de certos valores constitucionais (objetividade do juiz; o resguardo do juiz órgão, em primeiro lugar; em segundo o juiz pessoa física). Ao mesmo tempo assegura-se autonomia conceitual e axiológica entre naturalidade e preconstituição legislativa. Na idoneidade e objetividade do juiz procura-se o magistrado racional e logicamente mais idôneo a exercer certas funções.¹⁰

Quanto à independência do juiz, entende-se que está ele submetido apenas à lei. A Constituição italiana, no art. 101 afirma que os juizes estão sujeitos somente à lei. A doutrina italiana destaca seu papel no ordenamento constitucional, denominando-a de “norma qualificativa do sistema político-constitucional”. A independência do juiz é corolário do princípio da separação de poderes,¹¹ sendo que esse representa traço característico e particular do Estado de Direito. Pergunta-se em que consiste propriamente o conteúdo dessa independência ou garantia do juiz. Não está compreendida apenas no sentido meramente ideológico ou na insensibilidade do juiz. A

9 PIZZORUSSO, *Alessandro*. Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale, em Riv. trim. dir. proc. civil, 1975, 1; *SENESE*, Giudice naturale e nuovo processo del lavoro, em Foro it., 1974, V; *CAPPELLETTI*, *Mauro*. Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. (Art. 24) Costituzione e “due process of law clause”, em Giur. cost. 1961, 1284.

10 SOMA, La competenza del tribunale per i minorenni e l’attuazioni del principio di eguaglianza, IVI, 1963, 975; idem, “Naturalità” e “precostituzione” del giudice nell’evoluzione del concetto di legge, IVI, 1963, 797.

11 GUARNIERI, L’indipendenza della magistratura, Padova, 1983; *BONIFACIO*, *Giacobbe*. La magistratura, II, em Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, art. 104-107, Bologna, Roma, 1986.

neutralidade ideológica consolida-se no dever do juiz à tutela de todos os cidadãos (*dovere del giudice*), não se tratando apenas de uma garantia do órgão jurisdicional. Decorre da deontologia profissional do magistrado, no exercício de sua independência externa e interna. A independência é requisito próprio dos juizes ordinários ou dos especializados. As Constituições, normalmente, asseguram, de modo pleno essa independência, apesar da existência do Conselho Superior da Magistratura, como órgão de autogoverno dos juizes. É daí que se compreende a expressão constitucional, de que a magistratura constitua-se em uma ordem autônoma e independente de qualquer poder.

A imparcialidade do juiz¹², no que se refere à posição do magistrado, atenta às suas relações com as partes em determinado processo. Deve colocar-se “super partes” ou equidistante no que diz respeito às partes.¹³

A garantia constitucional da imparcialidade comporta, não apenas a existência de uma disciplina de abstenção do juiz, mas a necessidade de assegurar a operatividade das disposições legais idôneas. O princípio da imparcialidade encontra seu primeiro fundamento na igualdade entre as partes.

No desenvolvimento dos pressupostos do Processo Constitucional coloca-se a idoneidade do juiz. Esse modelo constitucional de juiz assenta-se na preparação técnico-profissional do magistrado, como condição necessária assegurar a probabilidade objetiva e correta do juízo.

O Processo Constitucional que se concretiza no modelo constitucional do processo, demanda a definição de parte, vista sob a perspectiva da *legitimatatio ad causam* ativa, à *legitimatatio ad causam* passiva e à capacidade de ser parte.¹⁴

¹²FAZZALARI. La imparzialità del giudice, em *Studi in memoria di C. Furno*, Milão, 1973.

¹³ROMBOLI. L'interesse politico come motivo di ricasazione del giudice, em *Riv. dir. proc.*, 1982; Onida.

Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale, em *Riv. dir. proc.*, 1982.

¹⁴PISANI, Proto. Parte nel processo (diritto processuale civile), em *Enc. dir.* XXXI, 917; Trocker. Processo civile e costituzione, Milão, 1974; CAPPELLETTI - Vigoriti. I diritto costituzionale delle parti nel processo civile italiano, em *Riv. dir. proc.*, 1971; LIEBMAN, *Manual di diritto processuale civile*, I, Milano, 1984; Mandrioli. *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1989.

As partes podem recorrer em juízo para tutela dos próprios direitos e interesses legítimos. É nesse sentido que ocorre a correlação necessária entre a situação jurídica substancial e o direito de ação ou à tutela jurisdicional de acesso ao sistema jurisdicional. A legitimidade ativa de agir ou a titularidade ativa da ação, consubstancia-se na titularidade do interesse de defender direito ou interesse juridicamente protegido.

A legitimatio ad causam passiva é a capacidade de ser parte, de certa maneira, completa o direito à tutela jurisdicional.

A imparcialidade é requisito constitucional que se configura na neutralidade do magistrado, frente às partes e aos interesses da causa.

O direito à tutela jurisdicional assenta-se como princípio supremo de ordenamento constitucional, que assegura a todos a solução de controversias. A proteção jurisdicional de uma situação jurídica, para que seja plenamente efetiva, desdobra-se em decisão de mérito da própria demanda judicial.

No Processo Constitucional destaca-se, também o direito à medida cautelar. A garantia da tutela jurisdicional pode ter efeito antecipatório, através do exercício do poder cautelar.¹⁵

O direito ao processo ou o direito de agir em juízo, para obter proteção da própria situação jurídica em que se encontra, concretiza-se através de um instrumento essencial que é o próprio processo. O direito ao processo ou a tutela jurisdicional é garantia consagrada na Constituição, sendo que se completam com o direito à decisão de mérito da demanda. A finalidade da ação, de conformidade com os dados constitucionais, é o pronunciamento que se faz de uma decisão de mérito da demanda.

¹⁵Tommaso, I provvedimenti d'urgenza, Padova, 1983.

Sobressai-se, nos pressupostos essenciais do Processo Constitucional, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. O processo é essencialmente dinâmico, pelo que não se exaure seu ciclo vital em apenas um instante.

O direito à prova correlaciona-se com a garantia constitucional da ação, bem como com o princípio geral da liberdade de prova. A norma jurídica que propõe limites absolutos à prova, deve ser considerada inconstitucional.

Outra regra técnica é a que se refere ao princípio da paridade dos litigantes. A paridade visa propiciar a projeção endoprocessual do princípio constitucional da igualdade formal. A organização do processo civil beneficia-se do princípio da igualdade, no sentido formal. Assegura-se, assim, a paridade de tratamento nas situações objetivamente similares.

Paolo Barile,¹⁶ referindo-se à personalidade no direito constitucional italiano, entende a qualidade do sujeito como aquela em que o indivíduo é titular de uma soma de situações jurídicas subjetivas, ativas e passivas, como as referentes a direitos invioláveis e deveres inderrogáveis, conferidos diretamente pela Constituição. O canone constitucional da igualdade concretiza o direito, através da capacidade de todas as partes serem titulares de situações ativas e passivas, previstas na Constituição e na lei processual. A concessão objetivística da igualdade é traduzida na obrigação do legislador sub-constitucional de situar as partes no processo em posição paritária, assegurando situações simetricamente iguais.

O direito ao contraditório decorre da exigência de coparticipação paritaria das partes, no procedimento formativo da decisum judicial.

¹⁶BARILE, Paolo. Il Soggetto Privato nella Costituzione Italiana, CEDAM, Padova, 1953, p. 6.

A regra técnica consequente da garantia da defesa consubstancia-se na tutela do direito de defesa. Considera-se que a garantia de um “processo justo” equivale à função que corresponde, nos Estados Unidos, ao *due process of law*.

A motivação do provimento jurisdicional é norma constitucional para a jurisdição, em vista da qual todas as decisões judiciais devem ser motivadas.¹⁷ Entende-se que a obrigação constitucional da motivação é condição mínima de efetividade do princípio da legalidade da atividade jurisdicional. A obrigação constitucional da motivação é subsidiária do dever jurisdicional da sujeição à lei.¹⁸

A impugnação, a audiência, a publicidade da audiência, como garantia deontológica do valor da legalidade da atividade jurisdicional, são temas de relevo para o Processo Constitucional e pertencentes à Teoria Geral do Processo, com profundas relações com os pressupostos da interpretação constitucional.¹⁹

A Técnica Processual e a Teoria do Processo, inclusive no que se refere à Teoria Geral das Nulidades, fornecem os dados essenciais para a institucionalização e estruturação da temática básica do Processo Constitucional, sendo que esse beneficia-se da renovação do Direito Processual, que vem obtendo no Brasil, com a obra de Aroldo Plínio Gonçalves grande atualização científica, imprescindível ao desdobramento dos pressupostos essenciais do Processo Constitucional e seu relacionamento com a Teoria Geral do Processo, nos termos de uma Ciência do Direito Processual e da Técnica Processual.²⁰

17 Taruffo. La motivazione della sentenza civile, Padova, 1975.

18 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, p. p. 23 e ss.

19 WOLFE, Christopher. La Transformacion de la Interpretacion Constitucional, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1.991, trad. de María García Rubio de Casas e Sonsoles Valcárcel.

20 COUTURE, Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal civil, ob. cit.; Auby. Le principe de la publicité de la Justice et le Droit public, em Le principe de la publicité de la Justice, Travaux du VI Colóque des Instituts d'Etudes juridiques, Paris, 1969; ALCALÁ-ZAMORA, N. Liberalismo y autoritarismo en el proceso, Boletín Mexicano de Derecho Comparado I, nums. 2-3, 1968; Gazin. De la publicité de la justice criminelle, Paris, 1914; GOLDSCHMIDT, J. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, Barcelona, 1935.

Constituição, Processo e Jurisdição são assuntos que se completam, dentro da temática ora examinada. Gustavo Zagrebelsky, tratando da defesa da Constituição e da Justiça Constitucional, afirma que a Justiça Constitucional é aquisição recente do Direito Constitucional.

Para Gustavo Zagrebelsky,²¹ a natureza do uso judiciário da Constituição, depende essencialmente do caráter de sua interpretação pela Corte Constitucional. Reconhece que a compreensão dos aspectos fundamentais da interpretação constitucional pressupõe o conhecimento de temas importantes da interpretação jurídica em geral.²²

A Teoria Geral do Processo fornece ao Processo Constitucional dados essenciais para sua estruturação, principalmente no que se refere aos seus princípios básicos (princípios informativos do processo e os princípios gerais): o princípio lógico (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar descobrir a verdade e evitar o erro); princípio jurídico da igualdade no processo e na justiça da decisão; princípio político (o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade; o princípio econômico (processo acessível a todos, com vistas ao seu custo e à sua duração); princípio da imparcialidade do juiz; princípio do contraditório; princípio da ação; da disponibilidade e indisponibilidade; princípio dispositivo e princípio da livre investigação das provas; princípio do impulso processual oficial; princípio da oralidade; princípio da persuasão racional do juiz; princípio da publicidade; princípio da lealdade processual; princípios

21 **TARUFFO, M.** "La fisionomia della sentenza in Italia, em La sentenza en Europa. Metodo, tecnica e stile (Atti del Convegno internazionale per l'inagurazione della nuova sede della Facoltà, Ferrara, 10-12, outubro, 1985), Padova, 1.988; idem, La motivazione della sentenza civile, Padova, 1975.

22 **DELPÉREE, F.** Le principe de proportionnalité en droit public (Eléments d'analyse au départ de la jurisprudence du Conseil d'Etat). Extrait des Rapports belges au Xème Congrès international de droit comparé, Budapeste, 23-28 out. 1978, Bruxelles 1978; **SCHMITTHOFF C. -M.** The doctrines of proportionality and non-discrimination, em ELR, outubro, 1977; **BRAIBANT, G.** "Le principe de proportionnalité, em Mélanges. M. Waline. Le juge et le droit public.

da economia e da instrumentalidade das formas; princípio do duplo grau de jurisdição.²³

O Processo Constitucional assenta-se em determinados princípios que consolidam sua concepção e suas práticas. O princípio da publicidade é uma garantia imprescindível, para possibilitar a participação da cidadania, pelo que todos têm direito a um processo público. A publicidade processual está vinculada ao sistema democrático de governo, conforme afirmou Couture. É o mais precioso instrumento de fiscalização popular sobre as obras dos magistrados e defensores²⁴. No processo contemporâneo, em oposição ao procedimento secreto inquisitivo, surgem os princípios da publicidade e da oralidade que são correlatos. A publicidade não é apenas política, mas, também, técnico-jurídica. Contribui para assegurar a confiança da opinião pública na administração da justiça. Com a publicidade o ato jurisdicional pode ser julgado socialmente, expondo-se às críticas das partes e de seus representantes, evitando o juízo arbitrário.

Os princípios constitucionais, como o da motivação facilitam o controle da aplicação judicial da lei. As partes devem conhecer, também, os motivos da decisão, para poder da mesma recorrer, circunstância que facilita o controle da sentença impugnada.²⁵

23 **TORIO LÁPEZ, A.** La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes, em Rev. Poder Judicial, n. 4, 1986; **PEÑA, Luzón. D. M.** Medición de la pena y sustitutivos penales, Madrid, 1979.

24 **PENALVA, Ernesto Pedraz.** Constitución, jurisdicción y proceso. Akal/Jure, Madrid, 1.990; idem, De la Jurisdicción como competencia a la Jurisdicción como órgano. Rev. Ad. Publ. 1976-79; idem, Formación de la Jurisdicción. Tese de doutoramento, Salamanca, 1972; idem. Reflexiones sobre el Poder Judicial y el PLOPJ, em Rev. Doc. Jca, 1984; T. XII, 42/44; idem, La Jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu, em Rev. Iber. de Der. Proc., 1976; **MARIANO, Nogués.** Del principio de la inamovilidad judicial, em La Justicia. Rev. de Leg. Jurisp. y Ad. pública, 2ª época, 1867, II; **BECERRA, Gómez.** Sobre la inamovilidad judicial, RGLJ, 1875, XLVI; **FIESTAS Loza, A.** La quiebra de la independencia del Poder judicial, em Rev. Poder judicial, março, 1985; **ALCALÁ ZAMORA, N.** Justicia penal de guerra civil, em Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional, Buenos Aires, 1944; **RIGANO, E.** Costituzione e potere giudiziario, Padova, 1982.

25 **CAPPELLETTI, M.** Giustizia e povertà, em Giustizia e società, Milano, 1972; **CAPPELLETTI, Mauro. M. y Garth. B.** Access to Justice, 4 vols, Milão, 1978-1979; Denti, V. Processo civile e giustizia sociale, Milão, 1971; idem Un progetto per la giustizia civile, Bolonha, 1982; Bellow. G. L'aide judiciaire aux pauvres, em Accès à la justice et état-providence; **CAPPELLETTI, Mauro.** Regenerar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad (de la Justicia constitucional), Rev. esp. Der. Const., 1986; **VIGORITI, V.**

A motivação é constitucionalmente exigida, como ocorre com a Constituição espanhola, que diz ser necessário que as sentenças sejam sempre fundamentadas e pronunciadas em audiência pública (Art. 120. 3. C.E.). Na STC 55/87, de 13 de maio, a jurisprudência dizia que a exigência da motivação das sentenças judiciais, relaciona-se de maneira direta com o princípio do Estado democrático de Direito (art. 1 CE), sustentando a legitimidade da função jurisdicional.

A Constituição requer que o juiz motive suas decisões, antes de tudo, para permitir o controle da atividade jurisdicional. Os fundamentos da sentença dirigem-se ao convencimento não só do acusado, mas das partes do processo, demonstrando a correção e justiça da decisão judicial sobre direitos da cidadania.

A doutrina tem examinado a categoria e natureza dos princípios processuais, inseridos na Constituição, dando-se importância, também, ao princípio da proporcionalidade e da oportunidade.

Certos princípios estão vinculados à Administração da Justiça, como o que se refere à independência do Poder Judiciário ou a inamovibilidade dos juizes. Essas garantias devem ser examinadas ao lado do acesso à justiça, de modo igual e efetivo. O aprimoramento da Justiça e sua democratização leva à proteção jurisdicional dos interesses individuais, sociais, difusos e públicos em geral. A superação de organizações judiciais obsoletas conduzem ao aprimoramento dos direitos básicos da cidadania. Para isso, é preciso sabedoria no sistema de seleção dos magistrados.

Interessi collettivi e proceso (La legittimazione ad agire), Milano, 1979; **FRIEDMAN, L. M.** *Rèclamations, contestations, les litiges et l'état-providence de nos jours*", em *Accès à la justice et état-providence*, sob a direção de Mauro Cappelletti; **OSSORIO, A.** *Bases para la reorganización judicial*, Madrid, 1929; **FERRECH, M.** *La posición del Juez en el nuevo Estado* (Ensayo de sistematización de las directrices actuales, Madrid, 1941; **PENALVA, Ernesto Pedraz.** *Sobre la crisis de la Justicia*, em *Crisis de la Justicia y reformas procesales* (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León), Madrid, 1988; idem, "Princípio de proporcionalidad y principio de oportunidad, em *La reforma del proceso penal* (II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1989).

Não se pode buscar a simplicidade e eficácia processuais, com sacrifício das garantias fundamentais do processo, com procura de sistema jurídico menos opressivo e menos gravoso economicamente. Os princípios constitucionais efetivam-se através de uma justiça menos onerosa, mas sem se esquecer custo e qualidade. O juiz como órgão terminal de apreciação da Constituição, deve ser objetivo e claro em garantir os direitos fundamentais, como pressuposto de qualquer outro direito ou interesse individual ou coletivo, nos termos dos procedimentos consagrados.

O princípio da proporcionalidade, com a generalização de sua utilização, em todas as esferas jurídicas, é responsável não só como controle da aplicação normativa, bem como de seu balanceamento. A conceitualização da proporcionalidade pressupõe conformidade, disposição ou correspondência devida com as partes, de uma parte ou de todas as outras, relacionadas entre si. Proporcionalizar é dispor e ordenar as coisas em sua devida correspondência, entre as partes afirma Delperèe.

O princípio da proporcionalidade e o princípio da oportunidade, vistos em suas aplicações judiciais, têm categoria constitucional, sem perder sua natureza processual, pois são, também, princípios processuais.

O princípio da proporcionalidade tem ganho nível constitucional, primordialmente, pela jurisprudência dos Tribunais Constitucionais, sendo que na Alemanha Federal, através das sentenças ali proferidas, passa a ser qualificado como máxima fundamental. Daí se extrai princípios e regras constitucionais, que se subordinam às disposições fundamentais.

O Bundesverfassungsgericht refere-se basicamente ao princípio da proporcionalidade, como proteção jurídico fundamental da liberdade. Para Wolf, a proporcionalidade é uma das máximas jurídicas fundamentais, cuja expansiva e ilimitada eficácia não

encontra parâmetro algum.²⁶ A proporcionalidade entre os delitos e as penas é a primeira consequência que se tira do fundamento retributivo da pena.

Em todas essas ocasiões das práticas do direito, confrontam-se os princípios da liberdade, com as garantias constitucionais e a publicidade constitucional (Todos têm direito ao juiz ordinário determinado previamente pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação contra si, deduzida a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de provar adequadas à sua defesa, a não prestar declarações contra si próprios, a não se confessarem culpados e a presunção de inocência).

Esse art. 24.2, da Constituição espanhola de 1978, é uma síntese de pressupostos e cláusulas constitucionais de defesa da cidadania, consideradas processualmente.²⁷

A génese, métodos de elaboração e os objetivos do Processo Constitucional, ocorrem dentro das coordenadas constitucionais, através da fundamentação e determinação de seus pressupostos e da definição da Jurisdição Constitucional, que procura ampliar as possibilidades de efetivação dos direitos fundamentais em sua plenitude, sem qualquer restrição de ordem econômica ou social²⁸, bem como do direito de defesa.

²⁶PENALVA, E. Pedraz. Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad, em La reforma del proceso penal, II Congreso de Derecho procesal, Zamora, 1989; BROWN, Neville. General principles of law and the english legal system, em Nouvelles perspectives d'un droit comum de l'Europe, Florença, 1978; ALONSO García, E. El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución, em RAP, 1983, n. 100-102; MODUGNO, F. L'invalidità delle legge. Teoria della costituzione e parametro del giudizio costituzionale, Milão, 1970; RUBIO, Llorente, F. ARAGÁN Reyes, M. La jurisdicción constitucional, em La jurisdicción española, dirigida por Pedriero e García de Enterría, Madrid, 1980; ARAGÁN Reyes, M. La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional, em REDC, 1986, 17; SENDRA, Gimeno. Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal moritorio, em Rev. Poder Judicial, 1986, num. especial, II.

²⁷LÓPEZ Barja de Quiroga, J. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, Madrid, 1989; RUBIO LLORENTE, F. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho, em REDC, 1988, 22.

²⁸LIEBMAN, Enrico Tulio. Diritto Costituzionale e Processo Civile, Rivista di Diritto Processual, Padova, 1952, I, p.p. 328 a 329.

É possível garantir a todos o acesso igual e efetivo à Justiça, como as pessoas carentes de recursos econômicos, pessoas sem instrução, trabalhadores estrangeiros, que não tenha o reconhecimento de seus direitos e se os fazem, estão em desvantagem social, econômica, política e judicial.

A consolidação do Processo Constitucional demanda análises profundas de todos os instrumentos que levam ao seu aprimoramento efetivo e eficaz, na defesa dessa multiplicidade de direitos, interesses e situações diversas que necessitam soluções urgentes e interpretações modernas.²⁹

Liebman e outros doutrinadores têm mostrado que os estudos dos institutos do processo não podem ignorar seu íntimo relacionamento com a Constituição, principalmente tendo em vista os instrumentos indispensáveis à garantia e modalidades de defesa dos direitos fundamentais do homem.³⁰

Héctor Fix-Zamudio, ao examinar a natureza jurídica do amparo, localiza-o a luz da Teoria Geral do Processo, dizendo que as análises em torno dele são de base substantiva, faltando os estudos sobre o aspecto instrumental, apesar de se tratar de instituição de natureza processual.

Como instituição de caráter, também processual, mostra Fix-Zamudio que todos os tratadistas estão de acordo com sua natureza jurídica.

Sem desconhecer da transcendência do exame do amparo, sob o ângulo constitucional, o publicista mexicano ressalta que em se tratando de instituição de caráter processual, é indispensável analisá-lo sob o aspecto menos explorado, isto é, logrando o equilíbrio entre os aspectos constitucionais e os processuais.

29 **FIX-ZAMUDIO, Héctor.** *Ensayos Sobre el Derecho de Amparo.* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1.993, pp. 81 e ss.

30 **FÁBREGA P. Jorge.** *Las Garantías Jurisdiccionales para la Tutela Eficaz de los Derechos Humanos en Panamá,* em *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica,* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992, p. 55 e ss.

O trabalho de Fix-Zamudio, na procura da configuração processual dessa instituição, mostra que autores como Demetrio Sodi preocupou-se com metodologia descritiva ou procedimentalista. Esse trabalho, de grande importância para o Processo Constitucional, entende da necessidade do exame dos aspectos genéricos da Teoria Geral do Processo.³¹

A constitucionalização do direito à jurisdição e a amplitude do conceito de direito à tutela jurídica efetiva leva-nos à caracterização do Processo Constitucional (El proceso constitucional), com destaque para a eficácia dos direitos humanos. Essas garantias jurisdicionais para a tutela, invocam temas essenciais ao assunto ora examinado, quando tratam de controle constitucional: controle político, sistema de origem e tradição francesa; controle descentralizado ou difuso através da jurisdição comum, por via indireta; controle centralizado, por via principal (principaliter ou incidental (incidenter), com efeitos abrogativos.

José Fábrega P, tratando do Processo Constitucional, afirma que se interessava pela proteção por via processual ou através de incidência em um processo qualquer.

Entende que o Processo Constitucional é um processo especial, apresentando-se de forma escrita, com caráter público por via de ação. Ao mesmo tempo, surgem suas modalidades (mediante processo de inconstitucionalidade principal) onde se examina a legitimação ativa e a legitimação passiva.³²

31 **KELSEN, Hans**. Las garantíe juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) em *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, Paris, 1928, Tomo 45, ano XXXV; idem, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1981.

32 **PIZZORUSSO, Alessandro**. *Sistema Istituzionale del Diritto Pubblico Italiano*, Jovene editore, Napoles, 1.992, 2ª edição, p. 514.

AS PERSPECTIVAS DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO. PARTICULARIDADES DO PROCESSO CONSTITUCIONAL.

Desde o aparecimento do trabalho de Hans Kelsen sobre a garantia jurisdicional da Constituição, também denominada de Justiça constitucional, que esse tema passou a ocupar largos espaços do Direito comparado, utilizando-se, destacadamente da questão da custódia da Constituição.

Nesse trabalho encontramos temas essenciais ao objeto inicial do Processo Constitucional, como: a jurisdição constitucional; o objeto do controle jurisdicional da constitucionalidade; o critério de controle jurisdicional da constitucionalidade; o resultado do controle jurisdicional da constitucionalidade e o procedimento do controle de constitucionalidade.

Seu trabalho apoia-se nas experiências do Tribunal Constitucional da Áustria, de conformidade com o texto de 1920.

A garantia jurisdicional da Constituição ou a Justiça constitucional pertence a um sistema de técnicas, que têm como objetivo a correta aplicação da Constituição.³³

As garantias são os meios que a técnica jurídica moderna desenvolveu, em relação à regularidade dos atos estatais em geral. Essas garantias podem ser preventivas ou repressivas, pessoais ou objetivas:

- a) As garantias preventivas tendem a prevenir e impedir a realização de atos irregulares;

³³ PEYRON-PISTOULEY, Sylvie. La Court Constitutionnelle et le Controle de la Constitutionnalite des Lois en Autriche, Economica, Paris, 1993; Grant, J. A. C. El Control Judicial de la Legislacion en la Constitucion Austríaca de 1920, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, UNAM, nova série, Ano VII, n. 21, Set./Dez., 1974, p.p. 73 e ss.

- b) As garantias objetivas têm, ao mesmo tempo caráter repressivo acentuado, dando como consequência a nulidade ou anulabilidade do ato irregular.

A anulação do ato inconstitucional representa a principal garantia e o meio mais eficaz de preservação da Constituição. Entendeu Kelsen que não era o Parlamento o órgão competente para a verificação da constitucionalidade. Deveria ser um órgão diferente, independente de qualquer outra autoridade estatal. Era preciso encarregar a anulação dos atos inconstitucionais a uma jurisdição ou Tribunal constitucional. Cumpre à jurisdição constitucional pronunciar-se, puramente, da interpretação da Constituição.³⁴

No desenvolvimento da temática do Processo Constitucional, duas expressões passaram a ter longo alcance “Justiça Constitucional” e “Jurisdição Constitucional”.³⁵ Vamos encontrá-las em trabalhos de autores franceses, espanhóis, portugueses, alemães e italianos.

Desde o aparecimento do controle, na Constituição austríaca de 1920, entendeu-se que a realização do controle judicial de questões constitucionais poderia ser conferido a tribunais ordinários ou a um tribunal especial, criado para exercê-lo. A Áustria decidiu,

34 MORBIDELLI, G. PEGORARO, L. REPOSO, A., VOLPI, M. “Diritto Costituzionale Italiano e Comparato, Monduzzi Editore, 1.995, 2ª edição; GUERRERO, Manuel Medina. “La Vinculacion Negativa del Legislador a los Derechos Fundamentales, McGraw-Hill, Madrid, 1.996.

35 ABRAHAM, Henry J. University of Virginia. The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of The United States, England and France, Oxford University Press, Londres - Toronto, 1975, 3ª edição revista e ampliada; FRIEDRICH, Carl Joachim. Man and His Government. An Empirical Theory of Politics, McGraw-Hill Book Company, Inc. New York, San Francisco, Toronto e Londres, 1963; SCHWARTZ, Bernard. American Constitutional Law Cambridge. At The University Press, 1.955; Gaviola, Carlos A. El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Tipologia Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1965; VIEIRA, Norman. Constitutional Civil Rights in a Nutshell. St Paul, Minn. West Publishing Co., 1990, 2ª edição; Judicial Review. The Origins of Judicial Review, em Williams, Jerre S. Constitutional Analysis in a Nutshell, St. Paul Minn, West Publishing Co. 1979; Civil Rights And Equality. With an Introduction by Kenneth L. Karst. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. Edite by Leonard W. Levy, Kenneth L. Karts, and Dennis J. Mahoney. MacMillan Publishing Company. New York. Collier Macmillan Publishers, Londres, 1989; IRONS, Peter. The Courage of Their Convictions. The Free Press. A Division of Macmillan, Inc, New York. Collier Macmillan Publishers, Londres, 1988. Jurisprudence Constitutionnelle de la Cour Suprême des Etats-Unis (1961-1963). Textos e Observação de Patrick Juillard e Roger Pinto. Presse Universitaires de France, Paris, 1965.

através da Constituição que deveria ser previsto, especificadamente, um novo tipo de tribunal especial, a Corte Constitucional (Verfassungsgerichtshof) para efetivar essa função.

É com essa Constituição, de 1º de outubro de 1920, que surge, verdadeiramente a primeira Corte Constitucional, precedida, entretanto, pelo Tribunal Constitucional, instituído pela Constituição da Checoslováquia, de 6 de março de 1920. Entretanto, foi a Corte austríaca que inspirou o verdadeiro “modelo”, que influenciou as outras Cortes instituídas na Europa.

A Constituição austríaca transformou-se em modelo de um sistema de controle da constitucionalidade, verdadeiramente original, que se opõe ao sistema americano, criando o tipo de controle concentrado. Trata-se de instituição especializada que realiza seu controle por intermédio de procedimentos especiais, podendo anular a norma inconstitucional, com efeito erga omnes. Esse tipo de controle, instituído na Áustria, permite o controle “abstrato” e o “concreto”.

Surge a Justiça Constitucional, sendo que Jellinek (Une Cour constitutionnelle pour l’Autriche, 1885), é lembrado pela possível filiação com a Corte austríaca de 1920.

A Corte constitucional austríaca é tida como protótipo das jurisdições constitucionais européias, caracterizados por um sistema de controle concentrado da constitucionalidade das leis, diante do monopólio criado por essa Corte.³⁶

Ao lado do consolidado sistema norteamericano de controle, no qual Carl Joachim Friedrich examina suas dimensões, poder e justiça, aparece esse novo sistema europeu. Depois de “Marbury v. Madison” assiste-se o eficiente e rico sistema jurisprudencial e

36 HECK, Luís Afonso. O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1995, p. 19.

processual norteamericano (writ of Mandamus, Injunction, Habeas Corpus, declaratory judgment), com profundas elaborações sobre a Lei e as Cortes, através de definições e conceitos legais (private law, public law, administrative law, constitutional law, civil law, criminal law).

Em todo esse sistema, destaca-se o papel da Suprema Corte, no seu original e “appellate” poder de formação jurisprudencial, na qual a Suprema Corte não exercita exclusiva e original competência. Surgem categoriais de casos e controvérsias através dos: appellate cases; writs of review; appeal; certiorari (federal question of substance - certiorari, que do latim significa “made more certaine ou “batter informed”).

Desde Marbury v. Madison, e Dred Scott case (Dred Scott v. Sandford, 19 Howard 393 (1857) e outros muitos casos, elaborou-se o judicial review, suas controvérsias e limitações.³⁷

Após a Segunda Guerra Mundial, o sistema europeu passou por nova fase, com grande repercussão na estruturação do Processo Constitucional. É nesse sentido que Jean-Claude Béguin afirma que o juiz pode ser erigido em “guardião da Constituição”, de maneiras e modos diferentes. Nos Estados Unidos, ao juiz ordinário é reconhecido o direito de verificar a constitucionalidade das leis aplicáveis, de conformidade com certo tipo de procedimento. Esse sistema conduz à onipresença dos problemas constitucionais, através de questões judiciárias. A Constituição deve ser a verdadeira e suprema regra que domina o conjunto do ordenamento jurídico. O sistema conduz ao reforço do Poder Judiciário, consequência natural, em países em que o juiz detem, verdadeiramente, fração da soberania do Estado.

O Tribunal Constitucional Federal alemão apresenta, entre as suas características, a da amplitude de sua competência: “O

37 BÉGUIN, Jean-Claude. Le Contrôle de la Constitutionnalité des Lois en République Fédérale D'Allemagne, Economica, Paris, 1982.

exercício dessa competência, passados mais de quarenta anos, por um lado, revelou uma mudança do papel da jurisdição constitucional (alemã) e, por outro, mostrou o Tribunal Constitucional Federal também como um fator de desenvolvimento dos princípios constitucionais”.³⁸

Nessa tese, Luis Afonso Heck, em apreciação das fases históricas e jurídicas do desenvolvimento da Jurisdição Constitucional alemã, chega, dentre outras, a três conclusões:

- a) na primeira encontra-se o aspecto histórico (tradição) da jurisdição constitucional alemã. Nessa parte foram analisadas as raízes da jurisdição constitucional alemã e as suas diversas fases: Sacro Império Romano-Germânico, Confederação Alemã, Constituição Imperial de 1849, Constituição do Império Alemão de 1871 e República de Weimar;
- b) na segunda parte acha-se uma exposição do Tribunal Constitucional Federal, i.e., a sua concepção na esfera da reorganização política alemã após a Segunda Guerra Mundial, o seu status, a sua organização, a sua competência, as suas decisões com força de lei e o voto especial;
- c) e na terceira parte está situada uma ordenação relativa ao desenvolvimento dos princípios constitucionais (Princípios do Estado de Direito, Princípio do Estado Social, Princípio Democrático e Princípio Federativo) pelo Tribunal Constitucional Federal” (ob. cit., p.p. 19 e 20).

Os estudos sobre o sistema alemão têm destacado os fundamentos do controle da constitucionalidade das leis, com comparações entre as tradições jurídicas da França e da Alemanha,

³⁸CARTER, Lief H. *Derecho Constitucional Contemporaneo. La Suprema Corte y el Arte de la Política*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985; HERRENDORF, Daniel E. *El Poder de los Jueces. Cómo Piensan los Jueces Qué Piensan*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.994, 2ª edição.

a lógica do constitucionalismo e as particularidades das duas espécies de controle.

O debate de Weimar sobre as condições de um controle jurisdicional das leis (das richterliche Prüfungsrecht) foi tema favorito, inclusive de G. Jellineck. Surgiram, entretanto, inicialmente, incertezas sobre as condições do controle jurisdicional sobre a constitucionalidade formal, a título de incidente, mencionando-se as dúvidas sobre as condições sobre a constitucionalidade material das leis. Destaca-se o exame sobre as condições, mediante as quais, a apreciação da constitucionalidade deveria concentrar-se nas mãos de uma jurisdição única. O debate sobre a natureza de um órgão de controle especializado gerou especulações.

Com Bonn surge a oportunidade de uma jurisdição guardiã da Constituição, passando-se do Estado de Direito (Rechtsstaat) para certa forma de Estado dos juizes (Richterstaat), onde os doutrinadores reconheceram a promoção do Poder Judiciário, após 1949. Cada ordem constitucional necessita de um poder neutro. O poder jurisdicional, pela Lei Fundamental, é confiado aos juizes. A Corte constitucional de Karlsruhe criou normas sobre sua composição, estatuto e recrutamento, independente dos outros órgãos constitucionais e jurisdicionais, com técnicas de definição de competências e dos litígios entre os órgãos constitucionais.

A diversidade de recursos, com destaque para o recurso constitucional (Die Verfassungsbeschwerde), na ordem constitucional alemã, com afirmativas de que o vício de inconstitucionalidade é imputável à lei, gerou especulações de ordem processual, como as referências aos mecanismos de admissibilidade (l'instauration d'une procédure d'admission préalable-Annahmeverfahren).

As condições processuais são colocadas, tendo em vista a natureza dos direitos invocados e os incidentes de interpretação dos direitos fundamentais.³⁹

Os estudos sobre o papel da Suprema Corte dos Estados Unidos, com destaque para a interpretação ou criação judicial, a teoria interpretativa e as alternativas do interpretacionismo, enriqueceu os debates em torno do Processo Constitucional.⁴⁰

Por outro lado, com grande significado para a Teoria Geral do Processo Constitucional, frente aos Grandes Sistemas Jurídicos, crescem os estudos sobre Justiça Constitucional Comparada, não apenas na Europa, mas, também na América Latina.⁴¹

A matéria objeto desse trabalho, mesmo antes da atual fase de estudos sobre Processo Constitucional na América Latina, já havia sido objeto de várias referências.

39 **SOSA, Edgar Corzo.** (La Justicia Constitucional en México); **GONZÁLEZ, Felipe.** (Tribunales Constitucionales y Derechos Humanos en Latinoamérica); **VALLE, Rubén Hernández** (Los Poderes del Juez Constitucional); **HORN, Han-Rudolf** (El Régimen de la Justicia Constitucional Alemana en el Contexto Internacional); **LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo.** (Notas Sobre o Controle da Constitucionalidade no Brasil); **GUERRA, Luís López** (Protección de los Derechos Fundamentales por la Jurisdicción Constitucional en Centroamérica y Panamá); **MODERNE, Franck.** (El Consejo Constitucional Francés); **ESCALANTE, Rodolfo Peza.** (La Jurisdicción Constitucional Costarricense); **SILVA, José Enrique.** (Jurisdicción Constitucional de el Salvador); **STURLESE, Laura.** Tribunal Constitucional y Sistema Institucional Italiano), em *Justicia Constitucional Comparada*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Universidad Autónoma de México, México, 1.993.

40 **VALDES, Jorge Tapia.** *Hermenéutica Constitucional. La Interpretación de la Constitución en Sudamérica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1973; **FIX-ZAMUDIO, Héctor.** *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional - 1940 - 1965*, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1968; **GHIGLIANI, Alejancho E.** *Del "Control" Jurisdiccional de Constitucionalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1952; **MERCADO, Oscar Vásquez del.** *El Control de la Constitucionalidad de la Ley. Estudio de derecho comparado*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978; **LA ROCHE, Humberto J.** *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad en Venezuela y los Estados Unidos*, Universidad del Zulia, Maracaibo-Venezuela, 1972; **Dromi.** *El Poder Judicial - En la Constitución. En la Crisis. En la Democracia*. Ediciones UNSTA, Tucuman, Argentina, 1.982.

41 **GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario.** *El Tribunal Constitucional. Nueva institución de la Constitución guatemalteca de 1985*, Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 1987, t. I; idem, *Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985*. Procuraduría de los Derechos Humanos, Guatemala, 1.994, 2ª edição; **CORÃO, Carlos Ayala.** *Funcion Constitucional del Recurso de Casacion en el Nuevo Código de Procedimiento Civil*. Obra Coletiva. La Nueva Casacion Civil Venezolana, Editorial Jurídica Alba, Instituto de Actualización Jurídica, Caracas, Venezuela, 1987.

Os estudos sobre hierarquia das normas jurídicas, a supremacia constitucional, o controle jurisdicional da constitucionalidade, estudos comparativos com o sistema dos Estados Unidos mostra a atenção que essa temática vem tendo, de há muito. Esses trabalhos contribuíram para a melhor compreensão das relações entre Processo Constitucional e alguns aspectos da Teoria Geral do Processo, metodologia que vem aprimorando, nos estudos de Direito Comparado.⁴²

Os trabalhos que têm contribuído para a consolidação das regras básicas do Processo Constitucional⁴³ na América Latina, além da obra marcante de Hector Fix-Zamudio no México, vêm obtendo grande significado com os estudos de Francisco Fernández Segado, da Espanha e Domingo García Belaunde, no Perú. Pelo relevo e importância para o tema, destaca-se a obra coletiva sobre a Jurisdição Constitucional.

Esse trabalho, inicialmente, ao formular o conceito, indaga qual a expressão mais apropriada: Jurisdição Constitucional ou Justiça Constitucional e o seu relacionamento com o Direito Processual Constitucional.⁴⁴

Os trabalhos de Kelsen, Eisenmann e Mirkin-Guetzevitch deram grande alento à expressão Justiça Constitucional, que passou

42 ABAD YUPANQUI, Samuel. D. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. FERNANDEZ Segado. FURNISH, Dale F. GARCIA BELAUDE, Domingo. QUIROGA LEON, Aníbal. RUBIO CORREA, Marcial. DE TRAZEGUIES GRANADA, Fernando. QUIROGA LEON, Aníbal (Compilador). Sobre la Jurisdicción Constitucional. Presentación Jorge Avendaño V. Prólogo Domingo García Belaunde. Preliminar Aníbal Quiroga Leon. Pontificia Universidad Católica del Peru, Fondo Editorial, Lima, Perú, 1.990.

43FAVOREU, Louis. Les Cours Constitutionnelles. Presses Universitaires de France, Paris, 1.992, 2ª edição; FAVOREU, Louis. Philip Loïc. Les grandes décisions du conseil constitutionnel, Sirey, Paris, 1979, 2ª edição; idem, Les grands décisions du Conseil constitutionnel, Sirey, Paris, 1993, 7ª edição, Collection Droit Public; FAVOREU, Louis. Recueil de jurisprudence constitutionnelle - 1959-1993. Decisions DC-L-FNR-I du Conseil constitutionnel, réunies par Louis Favoreu, Litec, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1994; LEMASURIER, Jeanne. La Constitution de 1946 et le Control de Constitutionnalité des Lois, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1953; WIGNG, Pierre. Droit Constitutionnel. Principes et Droit Positif E'tablisements E'mile Bruylant, Bruxelles, 1952, Tomo Segundo, p. 778 e ss.

44STEINBERGER, Helmut. Algunos Rasgos Fundamentales de la Justicia Constitucional en la República Federal de Alemania, Revista de Estudos Políticos. Centro de Estudios Constitucionales, n. 51, Nueva Epoca, Madrid, Maio/Junho, 1986, p. 7 e ss.

a ser empregada como sinônimo de Jurisdição Constitucional por muitos autores.

Com a evolução doutrinária a concepção de Jurisdição Constitucional propiciou diversos questionamentos no que diz respeito ao controle das normas e a noção de supremacia constitucional. Com a criação de novos tribunais, as expressões jurisdição constitucional ou justiça constitucional, passaram a ser objeto de diversas especulações, quanto ao alcance, a natureza e os efeitos das decisões dessa jurisdição especial.

Ao mesmo tempo as expressões Processo Constitucional, Direito Processual Constitucional ou Direito Constitucional Processual, passam a ser empregadas nos estudos dos institutos processuais, segundo as categorias ou bases do Processo Constitucional. O estudo da jurisdição constitucional vincula-se as indagações sobre seu relacionamento com a Teoria Geral do Processo, nos termos das doutrinas de Carnelutti, Alcalá-Zamora, E. Véscovi, Mauro Cappelletti e Calamandrei. Esses autores realizaram profundos estudos sobre Constituição e Processo, sendo que na América Latina, Héctor Fix-Zamudio destaca pela sua monumental produção.

Algumas indagações procuraram situar o Processo Constitucional, no seu relacionamento com a Constituição e o Direito Processual.

O conteúdo do Processo Constitucional tem ampliado, sendo que alguns temas estão presentes nos diversos sistemas de jurisdição constitucional. Assuntos como jurisdição, garantias constitucionais, instrumentos processuais de defesa do ordenamento jurídico constitucional, dos direitos fundamentais, as noções de processo e dos órgãos constitucionais, tomam a atenção de diversos estudiosos. Alguns intérpretes vêem a jurisdição constitucional, como objeto essencial das investigações sobre Processo Constitucional.

O nascimento e o desenvolvimento do modelo europeu de justiça constitucional foi examinado por Louis Favoreu, que através de breve histórico, mostra que anteriormente só havia um tipo de justiça constitucional, que era o oferecido pelos Estados Unidos. Essa instituição era identificada pela expressão *judicial review*, que não passa de um dos tipos de justiça constitucional.

O modelo europeu apareceu nos anos de 1.920, sendo que entre as duas guerras foram conhecidos: na Áustria (1920-1936), na Checoslováquia (1920-1938) e na Espanha republicana (1931-1939).

É conhecido como “modelo austríaco”, desde que a Alta Corte Constitucional da Áustria foi uma das suas primeiras ilustrações, que teve em Hans Kelsen seu primeiro teórico. Após a segunda guerra mundial ele foi adotado por várias Constituições da Europa: República Federal da Alemanha, em 1949; Itália, em 1948; França em 1958; Chipre, em 1960; Turquia em 1961; Portugal em 1976; Espanha em 1978; Bélgica em 1984 e a Jugoslavia em 1963, Hungria em 1984 e Polónia em 1985.

Novas Cortes constitucionais, como as da Hungria, Rumania, Eslovênia, Bulgária e Rússia e outras, ainda em formação na Europa central e oriental, vêm seguindo a mesma orientação. Distantes do modelo europeu estão a Dinamarca, a Irlanda, a Noruega, a Suécia e a Grécia que optaram pelo modelo americano. A Suíça apresenta situação particular. A Grã-Bretanha, os Países Baixos e Luxemburgo são desprovidos de todo sistema de justiça constitucional.

Os sistemas de justiça constitucional não são classificáveis em uma ou outra das categorias acima apresentadas. Existem sistemas mistos, onde combinam-se os elementos do “*judicial review*” e do “*constitutional review*”. Os sistemas mistos são raros, mas quando funcionam evoluem para um ou outro dos tipos apontados. Mostra Louis Favoreu que durante as suas pesquisas surgiram novas espécies,

com aquelas dos Estados do Novo Commonwealth (J. Colom. *Le Justice constitutionnelle dans les E'tats du Nouvean Commonweallh: le cas de l'île Maurice*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix, 1993). Com essa particularidade surgem Cortes supremas, com intervenção atípica de uma super-Corte constitucional, o Comitê Judiciário do Conselho privado da Rainha, em Londres.

Comparando-se o modelo europeu com o modelo americano, aponta o publicista francês seis características essenciais.

- a existência de um contencioso constitucional, distinto dos outros contenciosos;
- o monopólio de julgamento desse contencioso, em benefício de apenas uma jurisdição, a Corte ou Tribunal constitucional;
- a especificidade dessa Corte;
- as condições decorrentes de suas próprias faculdades;
- a natureza do contencioso constitucional;
- as consequências que resultam dos efeitos das decisões ou arestos feitos pelas Cortes ou Tribunais constitucionais.

O contencioso constitucional apresenta particularidades que o distinguem de outros contenciosos. No controle difuso, do molde americano, os tribunais são chamados a se pronunciar sobre todos os aspectos de um mesmo litígio, sem que se possa distinguir entre questões civis, administrativas ou constitucionais: os tribunais americanos têm a plenitude de jurisdição.

Ao passo que os tribunais europeus são obrigados a fazer a seleção das questões postas e eventualmente colocadas, no que se refere à constitucionalidade de uma lei, na qual a aplicação condiciona a solução do litígio.

As questões de inconstitucionalidade da lei constituem, elas próprias, um contencioso cujo julgamento é atribuído, de maneira exclusiva, à Corte constitucional.

É um monopólio que concentra em suas mãos o poder de interpretar a Constituição. As vantagens dessa “concentração” são evidentes: a unidade de interpretação, reforça a coesão dessas decisões, reduz as ilegalidades e assegura a segurança jurídica. A Corte suprema, no sistema americano, age da mesma maneira; deve harmonizar ou sintetizar várias interpretações decorrentes das decisões contraditórias, emanadas dos juizes inferiores. No sistema europeu, a primeira e única interpretação será dada diretamente pela Corte constitucional, ela própria.

A singularidade da Corte constitucional, para Louis Favoreu, resulta menos de sua composição, do que uma ausência de vinculações ao aparelho jurisdicional ordinário. A Corte constitucional não se submete ao edifício jurisdicional, ela não o integra e não tem qualquer liame estrutural com ele. Sua posição é muito particular, na ordem jurídica e constitucional.

Outra característica do modelo europeu, em comparação com o sistema americano, é que nessa espécie de controle, normalmente são os indivíduos que dão origem às questões constitucionais, pela via de exceção, levantada no curso de um processo ordinário, perante qualquer que seja o tribunal. No sistema europeu, pode-se dizer que os indivíduos não constituem senão uma das categorias de requerentes.

O controle de constitucionalidade das leis, na Europa, pertence a tres categorias de requerentes: as autoridades políticas ou públicas, os tribunais e os indivíduos.

No que se refere aos efeitos das decisões, eles não são os mesmos nos dois sistemas. Pelo modelo americano, a decisão do tribunal, com base em uma exceção de inconstitucionalidade, não pode ter efeitos relativos, ao passo que as decisões das Cortes constitucionais têm efeitos erga omnes, com exceção das decisões sobre o controle concreto pelo Tribunal constitucional português e

de Corte de arbitragem belga. Eles pronunciam-se sobre inconstitucionalidade de disposições legislativas, submetidas ao seu controle.

A Corte constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho jurisdicional ordinário e independente, como ocorre com os outros modelos, dos demais poderes públicos. É uma jurisdição especializada, com a competência exclusiva e situada fora do aparelho judiciário comum. Enquanto que a Corte constitucional é uma jurisdição “especializada”, a Corte suprema é uma jurisdição “generalista”. A Corte suprema conhece de todos os contenciosos (civil, administrativo, penal, comercial ou constitucional), enquanto que a Corte constitucional é exclusivamente competente para apreciar matéria constitucional. A Corte constitucional é jurisdição “especializada”, de competência exclusiva. Ela monopoliza o julgamento do contencioso constitucional. Não faz, normalmente, parte da organização jurisdicional ordinária.⁴⁵ Na apresentação das grandes decisões, Louis Favoreu e Loïc Philip, fazendo estudo geral da importante instituição que é o Conselho constitucional indagam, preliminarmente se o Conselho constitucional é uma jurisdição, dizendo que alguns contestam essa configuração.

Em seu trabalho sobre as Cortes Constitucionais, Louis Favoreu destaca alguns modelos, partindo da Corte Constitucional austríaca, por ser a mais antiga das Cortes constitucionais, ao criar o modelo que inspirou as outras Cortes instituídas na Europa, considera que ela tem um predecessor, o Tribunal do Império (Reichsgericht), criado pela Constituição de 21 de dezembro de 1867, na qual os cidadãos podiam encaminhar recursos por violação de seus direitos, constitucionalmente garantidos, direitos enumerados na Constituição e que permanecem até hoje, como base de controle de constitucionalidade. Examina sua composição e funcionamento,

45 AUBERT, Jean-François. *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, volume I. Éditions Jds et Calendes, Neuchatel, Suisse, 1967, p.p. 163 e ss.

com destaque para o período de 1920 a 1929; a nomeação de juiz titular e suplente; as funções dos membros da Corte constitucional; a remuneração dos juizes constitucionais; os membros da Corte constitucional, funcionamento; atribuições; o controle de constitucionalidade das leis; o controle “a priori”, o controle “a posteriori”; as decisões da Corte e seus efeitos, jurisprudência (princípio de legalidade, proteção dos direitos humanos, influência sobre a ordem jurídica e política).

Em seguida examina a Corte Constitucional da Alemanha, considerada como um dos principais acontecimentos na Europa Ocidental, após a Segunda Guerra Mundial, tendo em vista a extensão da justiça constitucional, em formas de tribunais especiais. A Áustria criou, em 1920 o primeiro Tribunal Constitucional europeu, sendo que após 1945 retornou à essa tradição, com novo Tribunal. O Tribunal Constitucional alemão iniciou suas atividades em 1951, sendo que o italiano surgiu em 1956, ao passo que o Conselho Constitucional francês é criado em 1958, considerado a única instituição nova estabelecida pela Constituição gaulista. A Espanha criou seu Tribunal, com a Constituição de 1978. Estados importantes da Europa passaram a criar esses tribunais. A Suíça consagra um tipo de justiça constitucional, de caráter limitado, em forma de recurso ao Tribunal Federal, através do qual pode-se impugnar atos de cantões, lesivos aos direitos individuais, de caráter individual. Especula-se, nesse país, a possibilidade de ampliar notavelmente a justiça constitucional. A Grã-Bretanha submeteu-se à jurisdição da Comissão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em Estrasburgo, que desde então pode atacar nesta instância, atos do poder público inglês, que tenham infringido direitos fundamentais, garantidos pela Convenção. O Tribunal de Estrasburgo sentenciou sobre casos que afetavam a Grã-Bretanha, como o caso Sunday Times.⁴⁶

⁴⁶ CRUZ VILLALON, Pedro. La Formacion del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

A Justiça constitucional na Alemanha tem raízes históricas, bem remotas, em parte provenientes da Idade Média.

A Lei Fundamental estabelece amplas possibilidades de atuação da justiça constitucional federal, que é levada a cabo pelo Tribunal Constitucional Federal. O Status, as competências e os recursos mais significativos, ante o Tribunal, são regulados pela Constituição ou pela Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. A Lei estabelece que o Tribunal é independente dos demais órgãos constitucionais. Por outros artigos entende-se que o Tribunal Constitucional possui nível semelhante aos demais órgãos do Estado, especialmente o Parlamento, o Bundesrat, o Conselho Federal e o próprio governo Federal.

O Tribunal Constitucional situa-se à margem da estrutura hierárquica dos demais órgãos judiciais, não depende administrativamente de nenhum Ministério, nem está submetido a qualquer forma de supervisão pelo Executivo. Ele exerce sua jurisdição por meio de distintas classes de recurso, aproximadamente quinze recursos, de conteúdo diferente. Esses regulam quem está legitimado para sustentá-lo ante o Tribunal e quem pode ser parte. A regulação do acesso ao Tribunal é questão fundamental em toda justiça constitucional. O objeto do recurso, os efeitos das sentenças, o procedimento e a legitimação processual estão indissoluvelmente ligados. Especialmente o objeto da causa pode ser separado do problema da legitimação, sendo que a eficácia do controle modifica substancialmente o círculo de pessoas, legitimadas na formulação do recurso.

Na prática do Tribunal Constitucional, destacam-se alguns recursos:

- a) Conflitos entre a Federação e os Estados membros: decide diferenças entre o Estado Federal central e os Länder, em relação às suas respectivas competências e obrigações, frente

a ordem constitucional federal, especialmente na distribuição de competências, em matéria legislativa e execução do Direito Federal pelos Länder; assim como o exercício do direito federal de supervisão (Bundesaufsicht). Nesses recursos só pode ser parte o governo federal e os Länder.

- b) Recursos denominados conflitos entre órgãos. O Tribunal Constitucional decide sobre a interpretação da Lei Fundamental, com análise das diferenças sobre o alcance dos direitos e deveres dos órgãos supremos federais e outros interessados.
- c) O recurso sobre o controle abstrato de normas. O Tribunal Constitucional resolve diferenças de critérios ou dúvidas que podem surgir, sobre a compatibilidade na forma ou no fundo do direito federal o direito autônomo dos Länder, promovendo a harmonia entre o Direito autônomo e o federal.
- d) O procedimento de controle normativo por via incidental. Qualquer Tribunal da República Federal da Alemanha tem direito e dever de comprovar se um procedimento judicial, no que se refere as dúvidas sobre a inconstitucionalidade.
- e) O recurso de amparo. Qualquer pessoa pode dirigir-se ao Tribunal, alegando que em virtude de ato de autoridade pública, sofreu lesão em alguns de seus direitos fundamentais de caráter individual, constitucionalmente protegidos ou algum direito subjetivo determinado, garantido pela Lei Fundamental.

Néstor Pedro Sagüés, ao tratar da Lei 16.986, na Argentina (Ação de Amparo, o ato lesivo, ações e omissões da autoridade pública, direitos tutelados), mostra que a ação de amparo é admissível contra todo ato ou omissão de autoridade pública, que em forma atual ou iminente, lesione, restrinja, altere ou ameace, com arbitrariedade ou ilegalidade manifesta, os direitos ou garantias

explícita ou implicitamente reconhecidas pela Constituição Nacional, com exceção da liberdade individual, tutelada pelo habeas corpus”.

Mostra o publicista argentino, ao analisar a natureza do amparo, que sua conceitualização, antes da Lei 16.986, motivou várias discussões e ambiguidades, que ainda não desapareceram.

A literatura jurídica, refletida nos primeiros trabalhos e iniciativas sobre amparo, preferia empregar o rótulo recurso, quando se referia a este instituto (Rouzant, Muniagurnia, Carrió, Orgaz, Lubary e Martínez Paz e muitos outros). Com este título foi introduzido na jurisprudência, inclusive pela Corte Suprema de Justiça da Nação, no caso “Kot”.

Para este expositor, a explicação do êxito da expressão “recurso”, decorria, consciente ou inconscientemente, de ser o amparo visto como uma projeção do recurso de habeas corpus.

Foi compreendido, também, como interdito, entendida como prolongação das ações possessórias ou interditos do direito civil.

D'Hers preferiu a denominação de “ação de amparo”, desde que o amparo não configurava um recurso, por ser um instituto utilizável contra qualquer órgão do Estado. Não se trataria, também, de uma demanda, desde que não ocorreria a existência de duas partes.

Posteriormente, os doutrinadores começaram a empregar a palavra “ação”, para tipificar a natureza do amparo. Entendeu-se que o conceito de ação era mais amplo do que recurso. Implica, também, o exercício do direito à jurisdição, pois não perseguia apenas a mera revisão do ato legislativo, mas importava em um verdadeiro processo de controle de constitucionalidade. Além do mais, o recurso era um remédio dentro de certo processo, ao passo que o amparo tinha autonomia, através de questões levantadas em determinado

processo. Para Becerra Ferrer os recursos, além de terem raiz contenciosa, referiam-se a sentença e decisão precedente, enquanto que o amparo é uma ação autônoma e unilateral.

Grande parte dos autores consideram o amparo como uma instituição de direito público (Romero, Vargas Gómez e Sampay. Entende-se o amparo como garantia constitucional, que tem o fim determinado de proteger os direitos públicos subjetivos, de natureza constitucional.⁴⁷

O Tribunal Constitucional interpreta, em alto nível, seu papel, pelo que encontra aprovação da opinião pública, gozando de grande prestígio⁴⁸

Como Corte federal, a Corte Constitucional estatui litígios entre a Federação e os Länder, realizando julgamento entre órgãos. Controla a constitucionalidade das Leis e dos Tratados. Existem várias formas procedimentais: controle a posteriori, controle abstrato das normas, controle concreto das normas, recurso constitucional, por iniciativa dos indivíduos.

A decisão das Cortes e seus efeitos têm diversas consequências:

- a) A Corte pode estabelecer de ofício a inconstitucionalidade de uma lei, quando o litígio lhe é submetido, por via de recurso contra ato administrativo ou jurisdicional;
- b) Normalmente, a constatação da inconstitucionalidade de uma disposição legislativa, conduz à sua anulação.

Sua jurisprudência é variada e rica, estende-se em matéria eleitoral, equilíbrio da Federação com os Länder, direitos fundamentais, influência na ordem jurídica e política.

47 SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo. Ley 16.986 comentada y concordada con las normas provinciales. Amparo por mora, electoral y laboral. Amparo contra particulares. Hábeas data, Reforma Constitucional de 1.994, (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1.995, 4a edição; CORÁO, Carlos M. Ayala. "La Accion de Amparo Constitucional Frente a la Administracion Publica, Separata de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, n. 70, 1.988.

48 VERGOTTINI, Giuseppe de. Diritto Costituzionale Comparato, CEDAM, Padova, 1981, pp. 119 e ss.

Louis Favoreu dá destaque, ainda, à Corte Constitucional italiana (composição, funcionamento, atribuições, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos com força de lei, o controle posterior por via de ação e por via de exceção, o procedimento perante a Corte).

Destaca, também, a composição e o funcionamento do Conselho Constitucional francês, os procedimentos, atribuições, o controle da entrada de normas internacionais na ordem jurídica interna, o controle de constitucionalidade das leis (controle preventivo, controle a posteriori).

Em seguida apresenta o Tribunal Constitucional Espanhol (composição, funcionamento, mandato dos juizes, atribuições, controle de constitucionalidade das leis do Estado e a jurisprudência). Na análise das diversas Cortes Constitucionais, destaca o Tribunal Constitucional de Portugal (composição, atribuições, controle de constitucionalidade das leis (preventivo e a posteriori)).

Finalmente, trata da Corte de Arbitragem Belga, desde que a lei especial de reformas institucionais de 08 de agosto de 1980, previu uma Corte de Arbitragem, no artigo 107 da Constituição. A lei de 28 de julho de 1983 estabeleceu a organização, as atribuições e o funcionamento dessa Corte.

Mencionando outras Cortes, Louis Favoreau destaca o seu desenvolvimento, com atividades reduzida, na Europa, África, Ásia e América Latina. Ressalta, ainda, o Tribunal Constitucional polonês, a Corte Constitucional da Hungria, a Corte Constitucional “tchêque” e “slovaque”, com menção à Alta Corte Malgache, a Alta Corte constitucional do Egito, o Tribunal constitucional sul-coreano. Nesse amplo levantamento, ressalta

o papel das Cortes constitucionais da América Latina (Guatemala, Chile, Perú).⁴⁹

A formação do sistema europeu de controle de constitucionalidade deu grande destaque à Jurisdição constitucional, como o procedimento judicial destinado a garantir, de modo imediato, a eficácia da Constituição. Nas diversas maneiras de sistematização processual, do controle de constitucionalidade, surgem alguns temas básicos, sempre presentes na Teoria Geral do Processo Constitucional:

- a) O sujeito ou parâmetro do controle, deve começar pela descrição da norma, pressuposto do procedimento de controle;
- b) O objeto do controle, isto é, as questões que podem ser levantadas para o exame do assunto, tendo em vista a qualificação das normas;
- c) Manifestações de inconstitucionalidade, com o exame da distinção entre inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material; inconstitucionalidade direta ou imediata; inconstitucionalidade indireta ou imediata; inconstitucionalidade extrínseca ou intrínseca;
- d) O órgão de controle: o caráter único e específico do órgão de controle, sua competência, composição;
- e) Legitimação e procedimento de controle, o controle abstrato (abstrakte Normenkontrolle) e o controle concreto (Konkrete

⁴⁹ GARCIA BELAUNDE, D. Fernando Segado, F. (Coordinadores), Obra Coletiva. AFONSO DA SILVA, José. ANAYA BARRAZA, S. E. - AYALA Corão, C. M. - BREWER - Carias, A. R. - CARPÍZIO, J. - CIFUENTES MUÑOZ, E. - CASSIO DIAS, J. R. - ESTEVA CALLICHIO, E. G. - FAVOREU, L. - FIX-ZAMÚDIO, H. - HARBELE, P. - HERNANDEZ VALLE, R. HITTERS, J. C. - MIGUEL HARB, B. - MIRANDA, J. A. - NOGUEIRA ALCALA, H. - OLIVEIRA BARACHO, J. A. de. - PINTO FERREIRA, L. - RODRIGUES ROBLES, F. - SAGUES, N. P. - SALGADO PERANTES, H. La Jurisdiccion Constitucional, en Iberoamerica, Dykinson, S. L., Madrid, Ediciones Jurídicas, Lima, Editorial Jurídica, E. Esteva, Uruguay, Editorial Jurídica Venezuela, Madrid, 1.997.

Normenkontrolle, são os procedimentos de controle, que dão lugar a um processo autônomo de constitucionalidade;

- f) Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, podem ser vistos sob a perspectiva do princípio dos efeitos imediatos ou gerais (*erga omnes*) ou efeitos *pro praeterito* ou *ex tunc* (declarativos), efeitos *pro futuro* ou *ex nunc* (constitutiver) ou efeitos retardados.

O ordenamento constitucional suíço⁵⁰ apresenta certas características, como um modelo de controle de constitucionalidade, autônomo, concentrado e com efeitos gerais da inconstitucionalidade das leis. Só as leis cantonais e não as federais podem ser declaradas inconstitucionais. Trata-se de um controle mais de federalidade, isto é, a adequação dos ordenamentos cantonais ao ordenamento federal. É a consolidação do setor federal do ordenamento, frente ao setor cantorial. A Constituição de 1848 prevê um Tribunal Federal, sendo que suas competências de ordem constitucional são bem reduzidas. Os próprios conflitos de competência entre Federação e cantões servem para proteção dos direitos fundamentais.

Na Suíça o controle de constitucionalidade das leis ou a jurisdição constitucional tem seu principal instituto, no recurso de defesa dos direitos constitucionais, perante o Tribunal Federal. É o recurso do direito público (*staatsrechtliche Beschwerde*, *recours de droit public*): Art. 113: O Tribunal Federal conhece de recursos por violação dos direitos constitucionais dos cidadãos, bem como dos recursos de particulares por violação de concordatas e tratados.

O recurso de direito público está concentrado em um órgão jurisdicional, o Tribunal Federal, sem que exista instituição paralela nos cantões.

50 FAVOREU, Louis. Le principe de constitutionnalité (essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel, em *Mélanges Eisenmann*, Paris, 1975.

Existem normas procedimentais para o recurso, sendo que qualquer cidadão que se ver afetado por determinada norma, pode impugná-la. É uma legitimação muito ampla. Certos direitos são imprescritíveis. Quanto as consequências das sentenças, no que toca à apreciação da norma cantonal, declarada nula, produz efeitos erga omnes. Na Suíça o controle concentrado não dispensa o controle difuso.⁵¹

Giuseppe de Vergottini, dedicando-se à tutela das Constituições, ressalta que é natural à formação da Constituição a predisposição de consagrar expedientes dirigido a garantir sua observância e sobrevivência. Ao tratar das modalidades de tutela e dos instrumentos técnicos de controle, analise o que prove do controle de constitucionalidade. Tratando do controle jurisdicional difuso e do concentrado, das modalidades de atuação do controle e o controle de constitucionalidade, mediante a garantia jurisdicional dos direitos, afirma que o modelo austríaco alcançou grande êxito, sendo seguido, apesar das diferenças, pela Constituição italiana de 1948 (artigos 134-137) que previu a ação direta por obra do governo e das juntas regionais.⁵²

A Corte Constitucional italiana, no que se refere à sua natureza, composição e prerrogativas tem caráter acentuadamente judicial, não postulando necessariamente a unicidade do tribunal competente para exercê-lo. A competência da Corte Constitucional é determinada, não de maneira exclusiva, pelo artigo 134 da Constituição: controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e atos com força de lei; conflitos de atribuições entre os poderes do Estado, ou entre o Estado e as regiões, acusação contra

51 **ZAGREBELSKY, Gustavo.** La giustizia costituzionale, Il Mulino, 1988, p.p. 123 e 124; **CRISAFULLI, Vezio.** Appunti di Diritto Costituzionale. La Corte Costituzionale. Mario Bulzoni Editore, Roma, 1967; **BRANCA, Giuseppe.** Collegialità Nei Giudizi della Corte Costituzionale, CEDAM, Padova, 1970; **LLORENTE, F. Rubio.** La Corte Constitucional. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1966.

52 **FERNANDES SEGADO, Francisco.** La Jurisdiccion Constitucional en España. Dykinson, Madrid, 1984; **VALLE, Rubén Hernández.** Derecho Procesal Constitucional, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1.995.

o Presidente da República ou Ministros). Diferentemente do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, a Corte Constitucional da Itália carece, pelo contrário, de competência para o contencioso eleitoral, bem como em recursos contra atos administrativos ou decisões judiciais inconstitucionais.

Pode ocorrer impugnação de norma por via incidental e impugnação direta da legitimidade constitucional de normas com força de leis.

O procedimento de impugnação por via direta apresenta particularidades, segundo a questão parta do Estado ou das regiões. A decisão da Corte, quanto a modalidades e efeitos, tem eficácia erga omnes. A norma declarada ilegítima perde toda a eficácia, nos termos do artigo 136 da Constituição, desde o dia seguinte à declaração de ilegitimidade.

Gustavo Zagrebelsky, ao examinar a inconstitucionalidade da lei em geral, afirma que a matéria é apreciada quando a norma entra em combate com a Constituição. Compete ao órgão de justiça constitucional defrontar a lei com o parâmetro constitucional, podendo harmonizar a parte incompatível ou eliminar a lei inconstitucional. A inconstitucionalidade é prevista de maneira indiferenciada.⁵³ Analiticamente, a norma constitucional, apresenta as seguintes categorias:

- a) impõe ou exclui determinado conteúdo da lei;
- b) estabelece a forma de procedimento da atividade legislativa;
- c) regula a esfera de competência respectiva, dos diversos sujeitos, entre os quais a função legislativa é repartida.

A esse modo de ser da norma constitucional, podem ocorrer três vícios na lei:

53 FERNANDES SEGADO, Francisco. La Jurisdiccion Constitucional en España, ob. cit., p.p. 83 e 84.

- a) inconstitucionalidade substancial ou material, atinente ao conteúdo;
- b) inconstitucionalidade formal, atinente ao procedimento de formação;
- c) inconstitucionalidade por incompetência, atinente ao sujeito⁵⁴

Pizzorusso, tratando da organização do Tribunal Constitucional, ressalta o princípio de constitucionalidade, na mesma ocasião em que claramente a essa função arbitral entre os diversos poderes do Estado. Esta aí, o tríplice modo de designação dos juizes constitucionais, nomeados em uma terça parte pelo Parlamento, em sessão conjunta e nos dois terços restantes pela suprema magistratura (ordinária e administrativa) e pelo Chefe de Estado, respectivamente. Criou-se um órgão síntese, a partir dos tres poderes do Estado.

Na definição de suas funções ressalta-se o papel de órgão garante dos direitos fundamentais do cidadão, arbitro dos conflitos entre os titulares das supremas magistratura do Estado e entre os Estados e as Regiões. Ressalta-se a função eminentemente garantista do controle de constitucionalidade das leis, em via incidental.

O estudo das regras do Direito Processual Geral é essencial ao Processo Constitucional, inclusive para exame da atividade do juiz constitucional. Por meio de Processo Constitucional, pelo levantamento das regras procedimentais, chega-se aos seguintes tipos:

⁵⁴ ROYO, Javier Perez. Tribunal Constitucional e Divisão de Poderes. Temas clave de la Constitucion Española, Tecnos, Madrid, 1988; TREMP, Pablo Pérez. Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; PANIAGNA, Enrique Linde. Constitucion y Tribunal Constitucional. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1.992; REBOLLO, Luís Martin. Jueces y Responsabilidad del Estado. El artículo 121 de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983; PAGÉS, Juan Luis Requejo. Jurisdicción e Independencia Judicial. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; GORDO, Alfonso Pérez. El Tribunal Constitucional y Sus Funciones, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1983; JORGE, Alvarado. El Recurso Contra la Inconstitucionalidad de las Leyes, Editorial Reus (S.A.), Madrid, 1.920.

- a) o controle incidental da constitucionalidade das leis;
- b) controle por via principal ou direta dos conflitos de atribuições entre entes;
- c) os conflitos entre poderes;
- d) o controle sobre a admissibilidade do referendun;
- e) os juizes penais.

O novo constitucionalismo espanhol vem destacando a importância da justiça constitucional e do exame de constitucionalidade das leis. Francisco Fernandez Segado, dizendo que a Jurisdição Constitucional tem por objeto decidir, de modo imparcial, direito objetivo, mediante procedimentos e órgãos especiais, o cumprimento, tutela e aplicação das normas jurídicas constitucionais, esclarece com acerto a temática. Através da Jurisdição Constitucional assegura-se a ordem fundamental, na medida em que se aplicam aos casos concretos as normas constitucionais, esclarecendo-se seu âmbito de aplicação e garantindo o cumprimento da lei fundamental, que prevalece sobre a lei ordinária.

Ao apreciar os sistemas de jurisdição concentrada e difusa, ressalta a generalização da existência da Jurisdição Constitucional, ao mesmo tempo que examina os modelos da Itália e da República Federal Alemã.

A Constituição espanhola contempla o Tribunal Constitucional, no Título IX, nos artigos 159 a 165. Francisco Fernandez Segado ressalta, ao examinar a natureza do Tribunal Constitucional espanhol, que é um órgão de natureza jurisdicional. É o intérprete supremo da Constituição, sendo que os modelos germano-federal e o italiano influenciaram na configuração desse Tribunal Constitucional. Quanto à competência do Tribunal Constitucional, encontramos:

- a) Recurso de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas, com força de lei;
- b) Recurso de amparo por violação dos direitos e liberdades, mencionados no art. 53.2 da Constituição (liberdades e direitos reconhecidos no art. 14 na seção primeira do capítulo 2º, do Título I, assim como o direito à objeção de consciência do art. 30.21;
- c) Dos conflitos de competência entre o Estado e as Comunidades Autônomas ou dos entre elas próprias;
- d) Das demais matérias que lhe são atribuídas pela Constituição ou pelas leis orgânicas.⁵⁵

No mesmo sentido o art. 161.2 contempla a impugnação ante o Tribunal, pelo governo, de disposições sem força de lei e resoluções das Comunidades Autônomas, enquanto que o art. 163 constitucionaliza a questão de inconstitucionalidade, promovida por juizes e Tribunais. O art. 2º da LOTC desenvolve preceitos anteriores, declarado o Tribunal competente para o conhecimento, dos casos, na forma determinada pela própria lei, as seguintes questões: a) o recurso e a questão de inconstitucionalidade contra leis, disposições normativas ou atos com força de lei; b) recurso de amparo por violação dos direitos e liberdades públicas, relacionados no art. 53.2 da Constituição; c) conflitos constitucionais de competência entre o Estado e as Comunidades ou entre elas próprias; d) conflitos entre os órgãos constitucionais do Estado; e) controle prévio de constitucionalidade, nos casos previstos na Constituição e na LOTC; f) impugnações previstas no art. 161.2, da Constituição; g) verificação das nomeações de Magistrados do Tribunal

⁵⁵ PÉREZ, J. González. *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1980; NOSETE, J. Almagro. *Justicia Constitucional*, Madrid, 1980; FERNÁNDEZ, Villa Verde. L. Frigal. *La Protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Montecorvo, Madrid, 1981; GARRIDO, A. Moya. *El Recurso de Amparo según la doctrina del Tribunal Constitucional*. Bosh, Barcelona, 1983; MATA, A. Carro. *El Recurso de Amparo*, Edersa, Madrid, 1983; LLORANTE, F. Rubio. *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, REDC, num. 4.

Constitucional, para julgar se os mesmos reúnem os requisitos requeridos pela Constituição e a LOTC (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional); das demais matérias, atribuídas a ele, pela Constituição e Leis Orgânicas.⁵⁶

Quanto aos Recursos sobre a constitucionalidade das leis, na Espanha, dois são os tipos de recursos: a) o recurso direto, denominado de “recurso de inconstitucionalidade”, que tem como finalidade determinar, em abstrato a inconstitucionalidade de uma norma; b) recurso indireto ou incidental, denominado “questão de inconstitucionalidade, que tem como objeto a concreção da inconstitucionalidade de uma norma, em função de um processo ordinário, quando se questiona sua aplicação.

Examina, ainda, a problemática da compatibilidade entre os dois tipos de recursos, bem como a função e o objeto desses recursos.

A doutrina espanhola tem dedicado vários estudos sobre o Tribunal Constitucional, bem como temas referentes à jurisdição, independência dos juizes, juizes e responsabilidade do Estado ou as relações entre o Tribunal Constitucional e o Poder Judiciário.⁵⁷

Nas indagações sobre Processo Constitucional, na Espanha, destacam-se os trabalhos sobre o controle de constitucionalidade e o Amparo. Nesses estudos a Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais têm grande importância.⁵⁸

56 BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Control Constitucional de Amparo. Editorial Trillas, México, 1.990; GARCÍA RUIZ, J. Luis. El Recurso de Amparo en el Derecho Español. Editora Nacional, Madrid, 1980; CASCAJO CASTRO, José L. GIMENO, Sendra. Vicente. El Recurso de Amparo. Temas Clave de la Constitución Española. Tecnos, Madrid, 1.988, 2ª edição.

57 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1985, 3ª edição; ALONSO GARCIA, Enrique. La Interpretación de la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984. Wolfe. La Transformación de la Interpretación Constitucional. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1.991, 1ª edição; GARCIA BELAUNDE, Domingo. La Interpretación Constitucional Como Problema. Revista de Estudios Políticos. Centro de Estudios Constitucionales. Nueva Época, n. 86, outubro/dezembro, 1.994, p. 9 e ss.

58 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, proyecto do Tribunal Constitucional, publicação do próprio órgão.

As condições do amparo pressupõem um agravo, ofensa, dano ou prejuízo aos direitos individuais, denominados de garantias constitucionais. Esses antecedentes ou requisitos são imprescindíveis à sua utilização. A violação deve referir-se à parte dogmática da Constituição, sendo que devemos também, acrescentar o aspecto procedimental. A Constituição espanhola (art. 103) menciona as leis e os atos de autoridade que violem as garantias individuais, ainda que possam ser invocadas violações a outros preceitos.

Dentro da temática do Processo Constitucional, torna-se necessário recordar os requisitos e pressupostos para a sua propositura. Não satisfazer os requisitos, equivale a não apresentar a própria queixa, é por seus próprios efeitos o mesmo que não demandar. E o requisito *in limine litis*. A falta de interesse ou de condições, bem como a ausência dos pressupostos, impede a efetivação do procedimento adequado.⁵⁹

Eduardo Garcia de Enterría, ao examinar o Tribunal Constitucional espanhol de 1978 e seus poderes, entende que o modelo adotado inspira-se no sistema alemão. Afirma, ainda, que a espécie adotada pela Alemanha, comparado com os outros Tribunais constitucionais, é a que tem a jurisdição mais ampla. Essa conclusão foi igual à que chegou o coloquio internacional comparatista, sobre “La justiça constitucional en la actualidad” pelo Instituto Max-Planck, de Heidelberg.

No que se refere ao Tribunal Constitucional espanhol, partindo da Constituição e da Lei Orgânica, de 3 de outubro de 1979, ao traçar as competências do órgão constitucional, enumera que são de quatro ordens.

⁵⁹ MIRANDA, Jorge. Contributo para Uma Teoria da Inconstitucionalidade, Lisboa, 1968, p. p. 17 e 18; MAURA, Andrés Ribas. La Cuestión de inconstitucionalidad. Universitat de les Illes, Balears, Cuadernos Cívitas, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1.991.

No exame do papel da Jurisdição constitucional, para a própria compreensão do Processo Constitucional, um dos mais importantes temas é o referente à Interpretação constitucional.⁶⁰

Em Portugal, a primeira função do Tribunal Constitucional, que está assentada essencialmente na origem de sua criação, é a fiscalização da constitucionalidade das normas jurídicas, exercendo o controle da conformação das demais normas, com os princípios e regras da Constituição. É um órgão constitucional, cuja natureza e estatuto constitucional apresenta várias especificidades, no que se refere à composição, competência e funcionamento. Tem atuação substancial no próprio sistema constitucional do poder: “Como tribunal, o Tribunal Constitucional compartilha das características próprias dos tribunais: é um órgão de soberania (art. 205 da Constituição); é independente e autônomo, não funcionando junto de qualquer outro órgão nem está dependente de nenhum; os seus juizes são independentes e inamovíveis; as suas decisões impõem-se a qualquer outra autoridade. Mas, diferentemente dos demais tribunais, o Tribunal Constitucional tem sua composição e competência definidos directamente na Constituição; os seus juizes são maioritariamente eleitos pela Assembléia da República; dispõe de autonomia financeira e de orçamento próprio, inscrito autonomamente entre os “encargos gerais da Nação”; define, ele próprio, as questões relativas a delimitação da sua competência.

Na ordenação constitucional dos tribunais, o Tribunal Constitucional surge em primeiro lugar, precedendo as demais categorias dos tribunais. Com efeito dispõe o art. 212º da Constituição, sob a epígrafe categorias de tribunais:

1 - Existem as seguintes categorias de tribunais:

a) O Tribunal Constitucional;

60 GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1986, 4ª ed.; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, Tomo II, 1983, 2ª edição.

- b) Tribunais judiciais de primeira instância, de segunda instância e o Supremo Tribunal de Justiça;
- c) O Tribunal de Contas;
- d) Tribunais militares.⁶¹

No levantamento da estrutura do Tribunal Constitucional examina-se sua formação, instalação, estatuto dos juizes, organização, funcionamento, publicação de suas decisões, cooperação com outros tribunais congêneres, competência e Processo no Tribunal de Contas. Destacam-se os processos relativos ao controle da constitucionalidade e legalidade; garantia da Constituição, do regime constitucional e da autonomia regional; processos de fiscalização da constitucionalidade; processos de fiscalização da legalidade; processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão; processos relativo ao Presidente da República; processos eleitorais; processos relativos a partidos e as coligações; processos relativos a organização de ideologia fascista; processos relativos à verificação da constitucionalidade e da legalidade dos referendos locais; processos relativos às declarações de patrimônio e rendimentos dos titulares de cargos públicos.

Desde o livro de Jorge de Miranda “Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade”, onde o mencionado autor ressalta o papel da garantia jurisdicional, como o melhor instrumento para a norma garantida, isto é, norma constitucional garantida, que o princípio da constitucionalidade transformou-se em *ratio legis* para a justificação de todos os seus pressupostos e importância: “A garantia jurisdicional salienta-se, pois, por se ligar a um princípio da constitucionalidade, que se converte em princípio geral do Direito Constitucional. Trata-se então de um princípio geral que se derrota numa fase determinada da evolução do Estado e levando e simbolizando uma determinada reavaliação da Constituição; se bem

61 CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. A Jurisdição Constitucional em Portugal, Coimbra, 1987.

que sempre jurídica, já não é captada politicamente para o ser juridicamente”.⁶²

A publicística portuguesa tem consagrado a expressão Jurisdição Constitucional, ressalta que com a Constituição da República de 1976 e mais precisamente com a revisão de 1982, instituiu-se em Portugal uma jurisdição constitucional autônoma.⁶³

Mas como ressalta José Manuel M. Cardoso da Costa, mesmo antes já havia em Portugal, garantia contenciosa da Constituição. Como outros doutrinadores, no exame do Estatuto constitucional e organização do Tribunal Constitucional, entende que ele foi instituído para exercer função específica, diferenciada dos demais tribunais. Referindo-se à sua composição, um dos traços característicos é a intervenção direta de um órgão político na designação dos juizes do Tribunal. Exige a Constituição, para o desempenho desse munus, adequada qualificação acadêmica ou profissional, para o exercício das atividades jurídicas. O juiz constitucional não é vitalício, mas temporário.

O Tribunal tem tratamento constitucional e é dotado de autonomia orgânica, no que se refere aos demais tribunais, sendo que a Constituição estabelece o núcleo de sua competência, dispondo de particular autonomia no domínio administrativo e financeiro. Como órgão jurisdicional de controle normativo (da constitucionalidade e da legalidade). No domínio do controle

62 **CARDOSO DA COSTA, José Manuel M.** A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado Vista à Luz das Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade das Normas Jurídicas, Lisboa, abril, 1987.

63 **CARDOSO DA COSTA, José Manuel M.** A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado... ob. cit., p.p. 39 e 40; Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões Sobre a Constitucionalidade de Normas. VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, Tribunal Constitucional, Lisboa, 1987; **NADAIS, António Vitorino. CANAS, Vitalino.** Lei Sobre Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Instituto e Normas Complementares). AAFDL, 1984; **SOUZA, Marcelo Rebelo de.** O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional. I, Lisboa, 1988; **CANAS, Vitalino.** Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional. Os seus efeitos em particular, Cognition, 1984; **CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital.** Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra, Editora, 1993, 3ª edição, **MENDES, Armindo Ribeiro.** Recursos em Processo Civil, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1.992.

normativo, sua competência é vasta e completa: controle abstrato (sucessivo), controle concreto (em via de recurso de decisões judiciais) da generalidade das normas jurídicas. Existe, também, o controle preventivo de certas categorias de normas.⁶⁴

Tratando da Justiça Constitucional, no quadro das funções do Estado, vistas à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre constitucionalidade de normas jurídicas, José Manuel M. Cardoso da Costa apresenta-nos as características essenciais do modelo português ao destacar os órgãos da Justiça Constitucional: “Sob o ponto de vista dos “órgãos da justiça constitucional”, continua a verificar-se nos diversos ordenamentos jurídicos e jurídico-constitucionais europeus uma clara distinção ou contraposição entre aqueles que preveem e os que não preveem uma instituição jurisdicional específica para o exercício dessa função, ou parte dela.

Entre os primeiros contam-se os ordenamentos dos países em que se acha instituído um “Tribunal Constitucional” (Alemanha Federal, Áustria, Espanha, Itália, Iugoslávia, Polónia, Portugal e Turquia) ou um Tribunal de Estado do Liechtenstein), ordenamentos esses que cumpre acrescentar o francês (onde cada vez menos se contesta que o Conselho Constitucional decide como órgão jurisdicional) e mais recentemente o belga (depois da criação do Tribunal de Arbitragem)”.⁶⁵

Esse trabalho é de grande importância para a compreensão dos aspectos constitucionais e processuais da Justiça Constitucional (órgão da Justiça Constitucional; modalidades e vias processuais de controle da constitucionalidade - controle preventivo e sucessivo; controle (abstrato) principal e controle (incidental); requerimento individual e queixa constitucional; outros; âmbito e objeto do controle: leis e outros preceitos jurídicos; preceito e norma; omissões

64 FERNANDEZ SEGADO, Francisco. El Sistema Constitucional Espanol. Dykinson, Madrid, 1.992, p.p. 784 e ss.

65 GONZAÍN, Osvaldo Alfredo. Derecho Procesal Civil, t. I (Teoria general del derecho procesal), vol. 1 (Jurisdicción, acción y proceso), Ed. Ediar, Buenos Aires, 1.992.

legislativas; padrões ou parâmetros do controle; conteúdo das decisões (os tipos simples ou extremos); os tipos intermediários (interpretação conforme à Constituição; inconstitucionalidade parcial; decisões apelativas e de meio reconhecimento da inconstitucionalidade; decisões construtivas; outros; decisões integrativas e substitutivos; vinculatividade das decisões (eficácia limitada ao caso e eficácia erga omnes; força de caso julgado; força de lei; força obrigatória geral (precedente); vinculação dos órgãos de justiça constitucional às suas decisões; eficácia temporal das decisões (eficácia “ex nunc” ou “ex tunc”); eficácia pro futuro; efeito da repristinação; os poderes dos órgãos da justiça constitucional na determinação do conteúdo e efeitos das suas decisões (síntese conclusiva): pré-determinação constitucional ou legal e autonomia dos Tribunais; âmbito, os limites e o significado desses poderes face ao poder legislativo, aos tribunais em geral e aos tribunais internacionais ou supranacionais.⁶⁶

PROCESSO CONSTITUCIONAL: CONCEITO, NATUREZA E OBJETO. AÇÃO E LEGITIMAÇÃO.

Com as tendências para a sistematização do Processo Constitucional, vários autores passaram a examinar os institutos básicos para a sua efetivação, bem como sua estruturação.

O Processo Constitucional visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais. Várias ações e recursos estão compreendidos nessa esfera protecionista e garantista.

Francisco Fernandez Segado, ao tratar dos princípios constitucionais processuais, refere-se aos seguintes:

- a) princípio da publicidade;

⁶⁶ NOSETE, José Almagro. El “libre acceso” como derecho a la jurisdicción, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, vol. XIV, Madrid, 1970, n. 37.

- b) princípio da oralidade;
- c) princípio da motivação da sentença;
- d) princípio da gratuidade da justiça.

As Constituições normalmente estabelecem os princípios básicos, inerentes ao Processo Constitucional.⁶⁷

A concepção de ação, legitimação e Processo Constitucional constitui estudo básico para aprimorar os atuais sistemas jurídicos. Reconhece-se que a autonomia do Direito Processual começou com a polêmica Windscheid e Muther sobre a independência da ação.

A ação tem caráter intrinsecamente constitucional, dentro do Processo Constitucional, desde que, além de estar vinculada ao pressuposto da garantia, tem finalidade de proteção jurisdicional, que se efetiva no direito à jurisdição. Cappelletti e Fix-Zamudio entendem a ação como direito humano à justiça (Exercício de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso e Justicia constitucional supranacional).

Certas constituições, como a espanhola (art. 24) consagram a noção garantista do direito de ação, instalando-o em momento anterior ao processo, como direito à tutela efetiva e posteriormente para estabelecer o desenvolvimento do devido processo.

O direito à jurisdição, relacionado com o direito de ação, incorpora os elementos clássicos do direito de pedir. Tem-se o direito de reclamar a efetivação do direito, por meio de um processo judicial, que consolida e concretiza as garantias. Esses pressupostos vinculam-se a outras garantias processuais, como a defesa em juízo e o due process of law. Esse livre acesso envolve discussões sobre legitimação processual e representação. Exercer a atividade judicial pressupõe um procedimento que culmina com a sentença.

67 PÉREZ, Jesús González. El derecho a la tutela jurisdiccional, Civitas, Madrid, 1984.

Discute-se, doutrinamente, a diferença entre garantia constitucional e a ação.⁶⁸ A ação é um direito fundamental do homem, inclusive no que se refere à Ação constitucional. A idéia do direito de petição está ligada ao conceito de atuação passiva, que se limita a pedir e a esperar, de maneira concreta o direito à jurisdição.⁶⁹ Para González Pérez o direito à tutela jurisdicional acarreta seus efeitos em tres momentos distintos:

- no acesso à justiça;
- desde que seja possível defender e obter solução, em prazo razoável;
- obtida a sentença, espera-se a plena efetividade de seus pronunciamentos.

Decorre daí o acesso à jurisdição, o processo devido (due process of law) e a eficácia da decisão.

Ao lado do direito à jurisdição e à própria atividade judicial, surgem os requisitos mínimos para a efetivação do Processo Constitucional, assegurando-se a própria função jurisdicional e a efetivação das garantias invocadas. A unidade jurisdicional, decorrente de missão do Estado em administrar bem a justiça, demanda a existência dos órgãos com funções jurisdicionais. A função de julgar e o monopólio da jurisdição, recai no reconhecimento, também do instituto da coisa julgada.

Essa exclusividade que é característica do poder jurisdicional, submete às partes a disposições do processo, para soluções definitivas.

A independência judicial, a imparcialidade, a autonomia, constituem pressupostos necessários ao direito à jurisdição, como requisitos de efetuar as garantias.

68 CHIOVENDA, J. *Princípios de derecho procesal civil*, Reus, Madrid, T. I, trad. de José Casais y Santaló.

69 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. RAMÁN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de derecho administrativo*, T. II, Civitas, Madrid, 1977.

O Processo Constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais, (jurisdição, ação e processo) remete-nos à efetivação dos direitos essenciais.

A legitimação processual visa atender à qualificação do demandante, na tutela e defesa de seus interesses, com a observância de certas características preliminares para seu exercício. Os pressupostos processuais, no que se refere à legitimação processual, visa ordenar as situações jurídicas subjetivas, que orientam as tutelas diferenciadas ou singulares.

Em todos esses momentos surge os questionamentos entre a relação jurídica e o direito subjetivo. Desses pressupostos surge a situação jurídica, da qual decorreu relações, deveres, faculdades, obrigações e outras condições para efetivação desses direitos.

O direito de pedir pressupõe a legitimação processual. Chiovenda,⁷⁰ no que se refere à relação jurídica, ao explicar as vinculações emergentes do processo, destaca tres interesses primordiais (*Judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*).

A relação processual, no dizer de Chiovenda, é uma relação de movimento, em ação, enquanto as partes e o juiz se ocuparem da relação substancial que é objeto do juízo, vivem eles mesmos uma relação que desenvolve com sua atitude. Primeiramente examina-se, no que se refere às partes e ao juiz, se a relação está validamente constituída, pelo que preliminarmente, examina-se se estão presentes as condições para proceder essa operação. Capta-se a qualidade de quem solicita a atuação judicial, bem como o interesse que serve de base para a obtenção da intervenção judicial.

70 **CAPPELLETTI, Mauro.** La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà. Primo Studio Sul Ricorso Costituzionale (Con particolare Rignardo agli Ordinamenti Tedesco, Svizzero e Austriaco), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1976.

Quem recorre à jurisdição ostenta uma idéia força que postula a pretensão. Deve demonstrar a solidez, com fundamentação. O conteúdo da pretensão é o direito material que se faz valer em juízo. A pretensão, o direito material e o direito subjetivo de ação consolidam-se na demanda, que é o ato processual específico.⁷¹

Ter legitimidade vincula-se à capacidade para requerer, uma vez que esteja configurado o interesse para agir ou apresentar-se perante a justiça. Para postular é preciso ter capacidade para fazê-lo, de modo que tenha a aptidão para ser “parte”, isto é, motivação a obter a entrada ou participação no processo. A idéia de capacidade significa idoneidade para adquirir direitos e contrair obrigações ou melhor o gozo ou capacidade para ser titular de direitos⁷². A capacidade civil concretiza-se em ser titular de direitos e obrigações, sendo que a capacidade processual determina-se pela qualidade de exigir o cumprimento dessas atribuições que decorrem do direito de estar em juízo. A legitimação é a condição de ser parte. Essas exigências consolidam-se na “legitimatío ad processum e legitimatío ad causam.

A legitimação constitucional, nas ações de inconstitucionalidade, depende do Processo Constitucional respectivo.

O Processo Constitucional apresenta condições processuais específicas, que decorrem da legitimação e do conceito de parte. Sendo que a sua instalação depende da ocorrência dos pressupostos processuais, para a correta integração da Ação, da Legitimação e do Processo.

71 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Derecho procesal Constitucional, Cívitas, Madrid, 1980; MERCEDES SERRA, María. Proceso constitucional “La Ley”, 1990-E; PÉREZ GORDO, Alfonso. Las partes en el proceso constitucional, em “La Ley”, Espanha, 1983-2; PAGEO, Maúro. La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil, Civitas, Madrid, 1990; FÁBREGA, Jorge. Las garantías jurisdiccionales para la tutela eficaz de los derechos humanos en Panamá, em Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica, Ed. UNAM, México, 1.993, Obra Coletiva.

72 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Hacia la codificación de la justicia constitucional, em La Revista de Derecho, Chile, Año IV, julho/dezembro, 1.990, n. 2.

As garantias e os processos constitucionais corporificam as garantias individuais e as garantias constitucionais. Encontramos no inglês a palavra *warranty*, que quer dizer assegurar, proteger, salvaguardar (to *warrant*).

Kelsen, Carl Schmitt, Jellinek preocuparam-se com as garantias, como procedimentos para assegurar o império da Constituição, frente às normas jurídicas secundárias. Nas Constituições modernas, os princípios de reserva, definem-se como aqueles em que os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico.⁷³

A defesa constitucional implica no conceito genérico de proteção das disposições fundamentais, com preocupações garantísticas, preventivas e preservativas.

A ação processual é uma garantia básica, em qualquer de suas modalidades, como ocorre com o Processo Constitucional. Garante-se não somente o direito de peticionar e de ser ouvido, mas o direito ao processo. O devido processo ou o processo justo, o direito de defesa e a assistência legal, o processo como manifestação de igualdade e equilíbrio, são aspectos essenciais do desenvolvimento desse tema.

O Processo Constitucional, de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas.

Jesús Gonzáles Pérez, em minucioso estudo, examina todas as perspectivas do Processo Constitucional, dando relevo à natureza

⁷³ GONZÁLEZ, Osvaldo Alfredo. *La Justicia Constitucional. Garantías, Proceso y Tribunal Constitucional*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994; REY CAUTOR, Ernesto. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Controles de Constitucionalidad y Legalidad*. Universidad Libre. Seccional Cali. Departamento de Publicaciones Universidad Libre de Cali; CANO MATA, Antonio. *El Control de Garantías por el Tribunal Constitucional y Otros Estudios*, Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984. BREWER-CARIAS, Allan R. AYALA CORÃO, Carlos M. *Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales*. Editoria Jurídica Venezolana, Caracas, 1988.

do procedimento, dizendo que é ele uma noção formal que se refere ao aspecto dinâmico, de um fenômeno que se concretiza, em uma sucessão de momentos e atos, que se realizam em uma pauta para resolver e alcançar resultados práticos.⁷⁴

O Processo Constitucional aponta diversos instrumentos de proteção, sendo que são relacionados, dentre outros, alguns de uso mais comum: habeas corpus, mandado de segurança, “writ of injunction”, habeas data, ação ou recurso de inconstitucionalidade, ação direta de declaração de inconstitucionalidade, amparo, “writ of error”, “writ of certiorari”, “writ of prohibition”, “quo warranto”, etc.

As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do Processo Constitucional. As garantias individuais e as sociais são consagrações que possibilitam o exercício da pluralidade dos direitos. A necessidade efetiva de dar suporte às garantias levam às indagações sobre sua codificação.⁷⁵

O procedimento constitucional demanda certos pressupostos essenciais: o direito à celeridade dos processos, a razoável duração dos pleitos; obrigações emergentes do princípio de celeridade; formas

74 GARCIA BELAUNDE, Domingo. Esquema de la Constitución Peruana. Una Exposición Panorámica de Nuestra Constitución. Sus Antecedentes. Sus Tópicos. Sus Problemas de Aplicación. Ediciones Justo Valenzuela E.I.R.L., Lima, Perú, 1992, p.p. 159 a 164; idem, Constitución y Política, Editorial y Distribuidora de Libros S. A., Lima, 1.991, 2ª edição, p.p. 143 a 145; idem, Del Golpe de Estado a la Nueva Constitución. Comisión Andina de Juristas. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales - 9, Lima, Perú, 1.993, p.p. 221 e ss; idem, La Constitución de 1.993. Análisis y Comentarios. Comisión Andina de Juristas. Serie: Lecturas Sobre Temas Constitucionales - 10. Obra Coletiva, Lima, Perú, 1.994.

75 GRAN, James. El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, México, 1963; PICARD, Marie. Los Tipos de Control de la Constitucionalidad de las Leges, Anuario. Universidad de Carabobo. Facultad de Derecho. Instituto de Derecho Comparado, Valencia, Venezuela, 1976-1977, p. p. 13 a 106; LA ROCHE, Humberto J. Técnicas de Control de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado, em Obra Coletiva. El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela. Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, p. p. 39 a 49; COMBELLAS, Ricardo. La Justicia Constitucional, Contribuciones 3/93; L'effectivité des décisions de justice (journées française), Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 36, Paris, Economica, 1987; MONTESANO, Luigi. Luci ed ombre in leggi e proposte di “tutele differenziate” nei processi civili, Rivista di diritto processuale, 1979 (4).

de controle constitucional (preventivo, repressivo direto, repressivo indireto e ocasional); recurso de inconstitucionalidade; ação de inconstitucionalidade; exceção de inconstitucionalidade e incidente de inconstitucionalidade.

Todos esses temas são necessários à elaboração definitiva da Teoria Geral do Processo Constitucional.

As discussões sobre Processo Constitucional ou Jurisdição Constitucional e Justiça Constitucional, em certos momentos, foram usadas como sinônimas. Com o tempo aparece a nova disciplina que é considerada como processual, sob a denominação de Processo Constitucional ou Direito Processual Constitucional, que para alguns seria uma disciplina processual. Entretanto o Processo Constitucional que usa a Constituição e o Processo, não se afasta do Direito Constitucional, sendo que no levantamento de seu conteúdo prevalece a temática constitucional: Jurisdição, Garantias constitucionais, Processo, órgãos constitucionais e sistemas de jurisdição constitucional.

Domingo Garcia Belaunde, por mais de uma vez, tem demonstrado como o tema passou a ter grande importância na América Latina (Processos Constitucionais, Tribunal de Garantias Constitucionais, Garantias constitucionais, um novo Tribunal Constitucional, o controle difuso), menciona a disciplina Derecho Procesal Constitucional. Afirma, que em um sentido amplo, todos os Processos são constitucionais, desde que têm base na Constituição, e os mesmos se desenvolvem de conformidade com os princípios assentados na Constituição. Os processos constitucionais, em sentido estrito, são os que expressamente, designados na Constituição, defendem diretamente certos valores e princípios constitucionais. No Perú, aponta cinco processos constitucionais (amparo, inconstitucionalidad (como cuestión prejudicial y como acción), Acción popular e Juicio Político).

O modelo americano do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis é a solução que encontra maior número de defensores na doutrina e nas legislações positivas da América Latina. Constitui a garantia própria para a supremacia, a rigidez e o caráter limitativo da Constituição.

Trata-se de um recurso jurisdicional de proteção dos direitos e liberdades constitucionais. Na Venezuela e nos restantes Estados latinoamericanos rege o princípio da supremacia constitucional, por meio do qual todos os atos estatais estão submetidos à Constituição, devido existir nos diversos ordenamentos jurídicos, recursos judiciais para declarar a inconstitucionalidade dos atos estatais e em especial das leis. Concebe-se na América Latina um órgão jurisdicional e um juiz apto para controlar a constitucionalidade das leis, para verificar se estas últimas respeitam a Constituição. Se o Congresso dita uma lei constitucional, esta lei uma vez promulgada deve ser obedecida, já que não há poder superior que tenha a faculdade de anulá-la. Não se pode exigir do cidadão a faculdade de desobedecer a lei, quando não é julgada inconstitucional: Lei que lesiona os direitos garantidos pela Constituição, não pode ser aplicada.

Para o controle, os Tribunais e a pessoa do juiz necessita de garantias de competência e imparcialidade. O processo obriga ao Magistrado, a organização de debate público e contraditório, para motivar a sentença. O abuso é evitado através do controle, o juiz empenha-se em demonstrar que a sentença respeita a Constituição e quer aplicá-la.

Jurisdição constitucional é a função exercida para a proteção e para a manutenção da supremacia constitucional. A tutela é dirigida fundamentalmente contra as ações consideradas como contrárias à Constituição, e que se qualificam de inconstitucionais:

- 1 A ação ilícita dos titulares dos órgãos de poder: juízo político
- alta traição - violação da Constituição.

2 Conflitos de poderes entre os órgãos de poder.

O controle constitucional ocorre nos sistemas orgânicos:

- a) Político - quando é confiado a um órgão político, o controle constitucional;
- b) Jurisdicional - se se confia o controle constitucional a um órgão jurisdicional e este controle admite duas modalidades.

A jurisdição difusa ocorre, quando qualquer órgão jurisdicional pode exercer o controle. É o sistema da América do Norte e que tem recebido plena aplicação na América Latina: Argentina e Brasil, dentre outros.

A jurisdição concentrada, quando órgão jurisdicional único e específico tem a competência para exercer o controle.

O sistema misto compreende a jurisdição difusa e a jurisdição concentrada, que se entrelaçam.

O controle constitucional de tipo jurisdicional pode ser provocado por duas vias:

- a) Por via direta - de ação, por meio da qual a demanda é intentada com o fim de atacar de inconstitucionalidade, uma norma ou um ato. A demanda se faz por iniciativa da parte interessada que aciona a jurisdição, para conhecer exclusivamente de uma questão de inconstitucionalidade.
- b) Por via indireta - incidente ou de exceção, por meio da qual a questão de inconstitucionalidade é introduzida de uma maneira incidental, em um processo cujo objeto principal não é a declaração de inconstitucionalidade, senão outra coisa que constitui a essência mesma do litígio.

No caso da via direta, o objeto do processo é o controle da constitucionalidade. Este controle é exercido por petição da parte

que promove a ação e introduz a demanda de inconstitucionalidade. A ação permite a uma pessoa, submeter a um Tribunal a lei que considera contrária à Constituição e obter do juiz, por sua vez, uma declaração de inconstitucionalidade da lei e uma proibição de aplicá-la. No caso da via indireta, com o objeto do processo não é o controle da constitucionalidade, este controle é incluído no processo incidentalmente e para exercê-lo se podem adotar duas posições: que o juiz da causa controle a constitucionalidade das normas que vai aplicar e declare a inconstitucionalidade, sem petição de parte ou que o juiz da causa não controle a constitucionalidade da norma que vai aplicar, nem declara a inconstitucionalidade, só com a condição de que há uma demanda expressa da parte.

Diversos são os modos sob as quais estão sendo examinadas os conteúdos das expressões Justiça Constitucional ou Jurisdição Constitucional, sendo que na maioria das vezes são colocadas como expressões que objetivam a defesa da Constituição. Com o desenvolvimento doutrinário dos estudos sobre a jurisdição constitucional e suas expressões concretas no Direito Comparado, os pressupostos jurídicos para a existência de controle de constitucionalidade e a classificação dos diferentes sistemas, assistimos, também o desenvolvimento científico e técnico das regras essenciais de uma Teoria Geral do Processo Constitucional, inclusive no que se refere à Teoria da Interpretação Constitucional, tão importante para esses estudos. Novas medidas e institutos processuais que visam aprimorar a tutela jurisdicional, precisam ser examinados nos estudos e pesquisa sobre Processo Constitucional.⁷⁶

⁷⁶ DRAN, M. Le controle juridictionnel et la garantie des libertés publiques, L.G.D.J., Paris, 1968; RIVERO, J. Libertés publiques. Presses Universitaires de France, Paris, 1973; LUNO, A. E. Perez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 1984; RIVERO, Jean. Cours Constitutionnelles européennes et Droits Fondamentaux, Paris, 1982; Villalón. Constitución y proceso de Trabajo, em VII jornadas Andaluzar de Derecho del Trabajo y Seguridad Social; BLASCO, García. El Derecho procesal laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Zaragoza, 1985; La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia. Obra Coletiva. Director da Edição Antonio López Pina. Contribuições de: Ernesto Benda, Angel Antonio Cervati, Louis Favoreau, Miguel Fremont, Pedro Häberle, Pablo Kirchhof. Alejandro Pace, Juan-Pedro Schneider, Enrique Alonso García, Perfecto Andrés Ibáñez, Gerónimo Arozamena, Pedro Cruz Villalón, Luis Díez-Picajo, Jesús Fernandez Entralgo,

A PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O constitucionalismo processual contemporâneo preocupa-se, cada vez mais, com as garantias dos direitos fundamentais,

Laudelino Lavilla, Antonio López Pina, Miguel Rodríguez Piñero. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1.991, 1ª edição. Ruiz Miguel, Carlos. La Configuración constitucional del derecho a la intimidad, Tecnos, Madrid, 1.995; idem El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Cuadernos Civitas, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1.994; Herrero - Tejedor, Fernando. Honor, Intimidad y Proprio Imagem, Prólogo de M. Jiménez de Parga, Editora Colex, Madrid, 1.994; **ALEXY, Robert**. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; **BIDART CAMPOS, German J.** Teoría General de los Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993; **P. HABA, Enrique**. Tratado Básico de Derechos Humanos I. Conceptos Fundamentales, con especial referencia al Derecho Constitucional latinoamericano y al Derecho Internacional. Examen realista-crítico. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1986; **BIDART CAMPOS, German J.** Los Derechos Del Hombre. Filosofía. Constitucionalización. Internacionalización. Ediar, Buenos Aires, 1973; **BOBBIO, Norberto**. A Era dos Direitos. Editora Campus, Rio de Janeiro, 1.992, trad. de Carlos Nelson Coutinho; **PEREZ LUNO, Antonio E.** Los Derechos Fundamentales. Tecnos, Madrid, 1.988, 3ª edição; **AGUIAR, Luis**. Las garantías constitucionales de los Derechos Fundamentales en la Constitución española, Revista de Derecho Político, num. 10, 1981; **LINDE, E.** Protección de los Derechos Fundamentales y libertades públicas en la Constitución española de 1978, Revista Gen. de Legislación y Jurisprudencia, num. 5, 1981; **FERNANDEZ VILLAVERDE, L.** Friginal. La protección de los Derechos Fundamentales en el ordenamiento español, Madrid, 1981; **DIAZ, Varela**. La idea de deber constitucional REDC, 1982; **IRUJO, Embid**. El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado, REDA, 1980; **SALCEDO, Quadra**. El recurso de amparo y los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares, 1981; **VILLALÁN, Pedro Cruz**. El estado de sitio y la Constitución, Madrid, 1980; **FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco**. El estado de excepción en el Derecho Constitucional español, Madrid, 1978; **MORELLI, Gerardo**. La sospensione dei diritti dei diritti fondamentali nello Stato Moderno, Milão, 1966; **MIRANDA, Jorge**. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1.993, 2ª edição, revista e actualizada; **BARILE, Paolo**. Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. Società editrice il Mulino, Bolonha, 1984, p. p. 287 e ss; p. p. 313 e ss; **FIX-ZAMUDIO**. Los Problemas Contemporáneos del Poder Judicial. Grandes Tendencias Políticas Contemporáneas. Universidad Nacional Autónoma de México. Coordinación de Humanidades. México, 1986; **TOMÁS Y VALIENTE, Francisco**. Escritos Sobre y Desde El Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.993; **RUIZ MIGUEL, Carlos**. La Tercera Generación de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Num. 72, abril, junho, Madrid, 1.991; **SAGÜES, Néstor Pedro**. El Habeas Data: Su Desarrollo Constitucional; **AYALA CORÁO, Carlos M.** El Derecho de los Derechos Humanos (la convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos), Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, volume XXXV, 1994, Obra Coletiva. Antonio Augusto Cançado Trindade (Editor). A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional. Perspectivas Brasileiras, IIDH - Instituto Internacional de Derechos Humanos. Friedrich - Naumann - Stiftung San José da Costa Rica/Brasília, Brasil, 1.992; **BADIA, Juan Ferrando**. Estructura interna de la Constitución, Tirant Lo Blanche, Valencia, 1988; **COLLIARD, Claude-Albert**. Libertés Publiques, Dalloz, Paris, 1975, 5ª edição; **FIX-ZAMUDIO, Héctor**. Los tribunales constitucionales y los derechos humanos. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980; Obra Coletiva. La Interpretación Constitucional. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1975; **LINARES QUINTANA, Segundo V.** La Constitución Interpretada, Depalma, Buenos Aires, 1960; **GARCIA MORILLO, Joaquim**. La protección judicial de los derechos fundamentales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.

procurando efetivá-las pelo crescimento de novos instrumentos do Processo Constitucional.

A proclamação que advinha da “Declaração Francesa dos Direitos do Homem”, em seu artigo 16 (as sociedades em que a separação de poderes não está assegurada e os direitos do homem não estão reconhecidos, carecem de Constituição), torna-se cada vez mais importante para os dias de hoje.

A recepção dos direitos fundamentais, pelas Constituições, leva-nos aos mecanismos essenciais à efetiva proteção dos mesmos, tornando-os eficazes.

Os direitos fundamentais e as liberdades públicas, com o surgimento da Teoria da Liberdade e a Teoria geral das liberdades públicas, partem de considerações de ordem geral, sobre os direitos naturais e sua positivação.

Teoricamente reconhecia-se aos cidadãos direitos fundamentais, que eram inexistentes na prática, desde que sua eficácia estava condicionada ao desenvolvimento legislativo posterior, por não serem autoaplicáveis. A própria prática dos poderes públicos impossibilitava o exercício real dos direitos fundamentais.

O reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente, desde que não vem acompanhado de garantias que assegurem a efetividade do livre exercício de tais direitos. As liberdades adquirem maior valor quando existem garantias que as tornam eficazes.

O sistema de proteção dos direitos fundamentais concretiza-se na sua viabilização em sede jurisdicional. O bloco garantista consagra mecanismos variados, alguns têm caráter abstrato. Certos instrumentos ou previsões constitucionais não estão vinculados a uma vulneração real e concreta de um direito fundamental, mas são condições e requisitos, de caráter geral, para atuação dos poderes públicos ou que limitam sua atuação.

Os direitos fundamentais vinculam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e a própria jurisdição, como direitos diretamente aplicáveis. É nesse sentido que a jurisdição em suas distintas instâncias, em razão das normas constitucionais, está obrigada à imediata aplicação dos direitos fundamentais. As interpretações de uma norma ordinária não pode desconhecer o conteúdo normativo do direito fundamental. Em princípio as instâncias dos tribunais ordinários estão submetidas ao juízo de verificação do Tribunal Constitucional, no que se refere à suficiente aplicação dos direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional, nas suas potencialidades controladoras, examina se a jurisdição ordinária aplica corretamente os direitos fundamentais.

A efetividade dos direitos fundamentais ocorre pelos mecanismos de realização jurisdicional dos mesmos. A efetividade ou eficácia dos direitos fundamentais opera-se pela sua aplicabilidade real e concreta. Com isso ocorrem as possibilidades reais de concretização dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, por meio da realização e otimização dos mesmos. As normas constitucionais são dirigidas à realidade, daí que a interpretação deve ser orientada para sua efetividade, vigência prática e material. O objetivo da garantia é a realização efetiva dos direitos fundamentais. A liberdade jurídico-fundamental opera-se pelo exercício pleno da cidadania, quando em todos os momentos encontramos mecanismos para exercitá-los de maneira direta, por via jurisdicional.

A efetividade prática dos direitos fundamentais está ligada às questões da jurisdição constitucional, conforme atestam o “modelo europeu de justiça constitucional” ou pelo “judicial review” norte americano da constitucionalidade das leis por juizes ordinários. A tarefa pode ser objeto de um Tribunal único e especializado, com função principal e fundamental, do controle concentrado da constitucionalidade das leis, instrumento de consolidação e garantia do sistema democrático. É nesse sentido que Rivero afirma que os

Tribunais Constitucionais converteram-se em um dos componentes do Direito público comum europeu.

Dentro dos princípios do Processo Constitucional examina-se os procedimentos e as técnicas de proteção dos direitos fundamentais, com análises dos objetivos de sua efetivação e seus efeitos, dando-lhe certa amplitude conceitual e processualística.⁷⁷

O contencioso constitucional dos direitos fundamentais, através dos princípios do Processo Constitucional, tem ampliado os direitos fundamentais protegíveis pelos remédios constitucionais; objetivando solidificar os conceitos e as práticas da vida, da liberdade, da igualdade e da não discriminação das pessoas, bem como a proteção da honra, da intimidade, da privacidade e da própria imagem.

A Teoria Geral dos Direitos Fundamentais vem recebendo diversos complementos para a sua concepção moderna, inclusive no que se refere à ampliação de seu conteúdo e as possibilidades de sua eficácia e eficiência, através de mecanismos processuais, com base na Teoria da Constituição e da Teoria Geral do Processo, com referências ao sentido político e jurídico da Constituição, através de concepções sobre supremacia e suprallegalidade constitucional.

Dentro do Processo Constitucional evidencia-se aspectos da dogmática e da teoria jurídica dos Direitos Fundamentais. Referindo-se a Constituições contemporâneas, a doutrina menciona a vontade garantista dos constituintes, com o destaque dado ao tema dos direitos e liberdades públicas fundamentais, com amplo elenco de controles e garantias que asseguram a eficácia desses direitos.

77 **SEGADO, Francisco Fernandez.** "La Dogmática de los Derechos Humanos (A propósito de la Constitución Española de 1978)", Ediciones Jurídicas, Lima-Perú, 1.994; **CANTOR, Ernesto Rey. Rodríguez R., Ma. Carolina,** Acción de Cumplimento y Derechos Humanos, Editorial Temis S. A., Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1.997; **FERNANDEZ, Eusebio.** Teoría de la Justicia y Derechos Humanos, Editorial Debate, Madrid, 1984.

Rubio Llorente, falando sobre a função do recurso de amparo, afirmou que ele serve de instrumento para precisar, definir e quando necessário redefinir continuamente, o conteúdo dos direitos fundamentais ou conflitos de competências (REDC, num. 4, 1982).

Afirma que ocorre a judicialização do ordenamento, nos termos da tradição jurídica anglosaxona. A jurisprudência dos Tribunais Constitucionais permite a elaboração de uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Analisando-se o conteúdo da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, no que se refere aos direitos constitucionais, a jurisprudência destaca o princípio da igualdade e as garantias processuais. Retira-se da jurisprudência constitucional, temas básicos para o Processo Constitucional: capacidade processual para ativar o processo de garantia dos Direitos Fundamentais, referindo-se em concreto à titularidade desses direitos; o Tribunal espanhol admitiu que são sujeitos dos direitos fundamentais não apenas os espanhóis, mas, também, os estrangeiros, as pessoas morais e jurídicas, bem como os sindicatos; a doutrina e a jurisprudência esforçam-se em construir novas categorias explicativas da natureza jurídica dos preceitos constitucionais reguladores dos direitos fundamentais.

O âmbito de vigência dos enunciados constitucionais têm sido examinados pelo Tribunal Constitucional espanhol, com algumas orientações: a noção de que a Constituição goza de eficácia imediata, pelo que é geradora dos mesmos direitos subjetivos; a eficácia imediata em certa medida, é retroativa; a eficácia imediata, não tem necessidade de mediação legislativa, nem reinterpretação de princípios gerais do ordenamento.

A Teoria dos limites dos Direitos Fundamentais tem entendido que eles não são direitos absolutos, pelo que estão sujeitos a limites. Discute-se a natureza e alcance desses limites. A Constituição, ela própria estabelece limites dos direitos fundamentais, em certas ocasiões. Normalmente, o limite deriva da própria Constituição, de

maneira mediata ou indireta, desde que há sempre de justificar a necessidade de proteger ou preservar os direitos constitucionais, bem como outros bens constitucionalmente protegidos. É nesse sentido que se examina, também, a natureza e regime legal da suspensão geral dos direitos fundamentais e os limites que lhe são impostos.

As análises sobre os Direitos Fundamentais, em suas várias acepções, mereceram de Jorge Miranda minucioso exame sobre sua problemática, seu sentido formal e material. Além de apontar aspectos relevantes de seu significado, destaca a proteção interna e a proteção internacional dos direitos do homem.

Sua fundamentação, os sistemas técnico-jurídicos dos mesmos, os conceitos afins e categorias, ao lado das garantias institucionais e dos direitos de personalidade, mostram nesse trabalho a repercussão de sua teorização e das práticas que daí decorrem.

As categorias de direitos fundamentais, comuns ou particulares, promovem a classificação desses direitos, quanto à sua titularidade (*status libertatis*, *status civitatis* e *status activae civitatis*).

Ressalta Jorge Miranda a abertura para novos direitos, desde que a Constituição portuguesa reconhece que os direitos fundamentais não são apenas aqueles que as normas formalmente constitucionais enunciam, são ou podem ser também os provenientes de outras fontes, em uma perspectiva mais ampla da Constituição material. É nesse sentido que, referindo-se ao art. 16º, nº 1, fala de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais.

No Processo Constitucional, como instrumento básico de efetivação dos direitos fundamentais e processuais, devemos destacar:

- o direito de ação e de defesa judicial: são assegurados a todos os indivíduos, de modo completo, por uma série de normas constitucionais que configuram o *due process of law*.

O Processo Constitucional pode ser assim esquematizado:

- a) O direito de ação e o direito de defesa são assegurados aos indivíduos, de modo completo, por toda uma série de normas constitucionais que configuram o que se denomina de *process of law*, processo que deve ser justo e leal.
- b) Reconhece-se a todos a garantia constitucional do direito de agir em juízo. Todos podem recorrer em juízo para proteger ou tutelar os próprios direitos e interesses legítimos.
- c) Consagra-se a garantia do direito inviolável à defesa, em qualquer órgão ou grau de procedimento. A defesa é um direito inviolável de cada cidadão.
- d) As partes são iguais perante o juiz.
- e) Ninguém pode ser privado do juiz natural designado por lei. Consagra-se a naturalidade e não a extraordinariedade do juiz. Não podem ser instituídos juizes extraordinários ou juizes especiais, a não ser secções especializadas para certas matérias.
- f) Garante-se a legalidade da pena e da medida de segurança. Pesa sobre a sentença de provimento sobre a liberdade pessoal, o controle da legitimidade, mediante recurso. Ninguém pode ser punido senão por força de uma lei que tenha entrado em vigor, após o cometimento do delito. Ninguém pode ser submetido a medidas de segurança, salvo nos casos previstos em lei. Todas as medidas judiciais devem ter motivação.
- g) A tutela jurisdicional do direito e do interesse legítimo contra atos da Administração pública é essencial. Contra os atos da administração pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos, perante os órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa.

Como afirma Paolo Barile, esse rico acervo de normas constitucionais tende a estabelecer a paridade dos recursos das partes.

A garantia efetiva do direito de defesa é essencial no Processo Constitucional, exclui os atos singulares de caráter discricionário, preconstituído o juízo.

Héctor Fix-Zamudio, em estudo dedicado à função judicial em nossa época, afirma que ela assumiu crescente complexidade, desde que o que se havia concebido de maneira tradicional, como atividade puramente técnica de resolução de conflitos judiciais, transformou-se em um dos serviços essenciais do Estado contemporâneo, no qual penetrou-se um conjunto de fatores sociais, econômicos e culturais.

Preferindo falar em Poder Judicial, em lugar de “administração da justiça”, traça os lineamentos estabelecidos pela Constituição. Tem a convicção de que nos encontramos em nova etapa dos estudos científicos do Processo Civil. Na fase atual dos estudos jurídicos, vincula-se o Poder Judiciário com as normas fundamentais, cristalizando disciplinas linítrofes. É nesse sentido que menciona o Direito Processual Constitucional, ramo mais novo da ciência do processo. Essa vinculação de Constituição e Processo levou à necessidade do estabelecimento de instrumentos processuais específicos para tutela das disposições constitucionais, inclusive com o aparecimento de jurisdição especializada, as Cortes ou Tribunais Constitucionais.

A defesa dos direitos fundamentais e liberdades públicas, ao lado da resolução dos conflitos constitucionais, tem levado, para o Processo Constitucional antigos e novos temas que procuram aprimorar seus mecanismos de instrumentalização (in dubio pro réu, livre apreciação da prova, presunção de inocência, atividade probatória, culpabilidade, ao lado das garantias

constitucionais e do papel do Poder Judiciário, da Jurisdição constitucional e dos Tribunais ou Cortes Constitucionais.⁷⁸

As novas perspectivas sobre a efetividade dos Direitos Fundamentais e seu relacionamento com o Processo Constitucional, tem levado diversos autores a examinar o perfil contemporâneo de toda essa temática, sendo que Juan Ferrando Badia, ao tratar da parte dogmática da Constituição, realiza detida análise do nascimento e da extensão das “Declarações” no direito positivo.

Esse aperfeiçoamento dos instrumentos processuais internos, dirigidos à proteção dos direitos humanos, conduzem ao levantamento de suas instituições tutelares, com grande proveito para a elaboração do Processo Constitucional. Nessas formulações, pelo significado que têm para flexibilizar e ampliar o alcance da própria Justiça Constitucional, deve-se ressaltar o significado da Interpretação Constitucional.

As garantias abstratas, a direta aplicabilidade dos direitos fundamentais, as cláusulas interpretativas, a defesa do conteúdo essencial, as garantias concretas, a tutela judicial ordinária e a proteção específica dos direitos fundamentais, com os processos e procedimentos constitucionais consolidaram o Processo Constitucional, fornecendo-lhe conteúdo adequado e efetivo.

A diversidade de mecanismos de garantia dos direitos fundamentais é examinada, no que se refere a proteção, através da compreensão do papel do Poder Judiciário ordinário e pelos Tribunais e Cortes Constitucionais.

A definição do desenho constitucional da proteção judicial específica, os sujeitos protegidos, o âmbito material da proteção,

⁷⁸ GORDO, Alfonso Pérez. *El Tribunal Constitucional y sus Funciones*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1.985; ROYO, Javier Perez. *Tribunal Constitucional y Division de Poderes. Temas Clave de la Constitucion Española*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1.988.

o sujeito da proteção, fornece dados essenciais para a composição desses estudos.

Não se pode deixar de destacar, mais uma vez, as características do Processo Constitucional, quando a própria Constituição define as notas distintivas e peculiares desse processo.

Nas análises da natureza do Processo Constitucional são legados ao mesmo certas particularidades, referentes ao mecanismo de natureza processual, com destaque para uma espécie de procedimento especial, caracterizado pela preferência e sumariedade. Esse procedimento especial de proteção dos direitos fundamentais caracteriza-se pelo caráter alternativo, a respeito dos procedimentos ordinários.

O direito à tutela judicial efetiva decorre da proteção jurisdicional dos direitos fundamentais, como de qualquer outro direito ou interesse legítimo. Pode inspirar-se nos procedimentos para cada caso, previsto pelas leis processuais ordinárias.

As peculiaridades do Processo Constitucional especial, de proteção judicial de defesa dos poderes públicos demanda, primeiramente, dos requisitos prévios, dos prazos, interposição, admissão e tramitação (delimitação do direito presumidamente vulnerado, invocação do direito defensável, menção ao preceito constitucional, identificação do direito, autonomia do direito fundamental vulnerado, compatibilidade ou não do processo de proteção judicial, com o ordinário, a suspensão do ato impugnado, tramitação do procedimento, conclusão do processo (conteúdo e efeitos da sentença), recursos, custas do processo.

A proteção judicial de determinados direitos fundamentais, através de proteção especial, pode utilizar-se de medidas rápidas, com a proteção da liberdade pessoal mediante habeas corpus, bem como de outros instrumentos que objetivam defesa rápida e completa de todo o elenco dos direitos fundamentais.

A constitucionalização expressa da ação de habeas corpus leva-nos a repensar os objetivos dessa instrumentalização normativa, bem como a valiosa doutrina em torno do tema e a interpretação jurisprudencial desta ação especial. Fruto de longa elaboração jurídico política tem três instancias básicas:

- a) no direito romano, com o interdito “de homine libero exhibendo”;
- b) no direito aragonês, com o “juicio de manifestación”;
- c) no direito inglês, com o writ de “habeas corpus ad subiciendum”.

Esse simples e vital procedimento, com natureza de garantia constitucional, transformou-se em peça chave do Estado de direito. É considerado como o “grande mandamento”, o “palladium” das liberdades, no ocidente. Destaca-se pelo bem jurídico que tutela substancialmente, a liberdade ambulatoria. Como garantia fundante, possibilita a obtenção da liberdade corporal, necessária à prática das restantes liberdades humanas.

A dimensão institucional do “habeas corpus” apresenta certas categorias:

- habeas corpus reparador, trata-se do habeas corpus clássico, programado para terminar como detenções violatórias de cláusula constitucional;
- habeas corpus preventivo, em decorrência de ameaças de prisão;
- habeas corpus restringido, secundário ou acessório, que protege o cidadão contra perturbações menores do direito, frente à liberdade física, onde não há configuração da privação total da liberdade, mas apenas certa espécie de restrição;
- habeas corpus corretivo, destinado a impedir vexames ou tratos indevidos a pessoas presas;

- habeas corpus de pronto despacho, para acelerar trâmites administrativos necessários para dispor de uma liberdade;

- habeas corpus por mora na trasladoção, criado com o fim de lograr a liberação do preso, quando o magistrado de outra jurisdição solicitou a captura, mas não a confirma.⁷⁹

TEORIA GERAL DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. NATUREZA E LIMITE DO USO JUDICIÁRIO DA CONSTITUIÇÃO

A Teoria Geral da Justiça Constitucional, mencionada por Gustavo Zagrebelsky, ao tratar de seus fundamentos, parte da compreensão da relação entre Constituição e Justiça Constitucional. A defesa da Constituição ocupa lugar de destaque no tratamento da matéria, sendo que o tema é considerado como de aquisição recente do Direito Constitucional. Mesmo assim, não se deve esquecer que a exigência e tentativa de defesa da Constituição é antiga. A garantia da Constituição assenta-se na aspiração à estabilidade das regras de convivência política. Ela não se efetiva apenas pelo puro e simples sentimento e lealdade constitucional ou de seu equilíbrio espontâneo, mas da existência de instrumentos que a efetive. Nos vários exemplos de função da defesa da Constituição, podemos destacar:

- a defesa da Constituição como Direito constitucional abstrato (direito natural), em suas várias modalidades; norma constitucional escrita;
- a defesa da Constituição como situação constitucional concreta.

79 SAGÜÉS, Néstor Pedro. Derecho Procesal Constitucional. Hábeas corpus. Ley 23.098 comentada y concordada con la Constitución nacional y normas provinciales 4, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1.998, 3a edição; MORILLO, Joaquín García. La protección judicial de los derechos fundamentales, Tirant lo Blach Alternativa, Valencia, 1.994; PACHECO, José da Silva. O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.998, 3a edição.

Nos dois contextos conceituais, sempre que se trata de garantia constitucional, os problemas que surgem são diferentes, pelo que são levantados a partir dos primeiros momentos em que podemos visualizar os seus primórdios. No primeiro tipo assola-se o tribuni da Constituição francesa do ano VIII (1799); o censori da Constituição da Pennsylvania de 1776, inspirado no sindaci, mencionado por Spinoza em seu *Tractatus politicus*. Na Itália surgiram propostas de outro gênero como: *censore delle leggi*, *gli efori*, *tribuni*.

No *Progetti di costituzione*, de Antônio Rosmini Serbati, ele procurou o conúbio do poder religioso e laico, projetando o *Tribunale Supremo*, que objetivava prevalecer a justiça sobre a Constituição e a lei. Desde que fosse aprovado um projeto de lei, que contivesse qualquer injustiça, antes de ocorrer ou não a sanção, poderia ser remetido à decisão do *Tribunal Político Supremo*. Se o *Tribunal* julgasse a lei injusta, ela não teria a sanção do príncipe. O projeto *La costituzione secondo la giustizia sociale* sugeria uma *Suprema Corte di giustizia*, eleita pelos cidadãos.

Outros exemplos mencionam os efori da Constituição espartana, como magistratura política.

A tentativa republicana de Cromwell imaginou dois colégios de sábios (*Conservators of the Charter* e os *Conservadores of Liberty*), com a finalidade de manter a garantia constitucional contra a restauração monárquica. Gustavo Zagrebelsky aponta como exemplos significativos da garantia política da Constituição, os diversos tipos de Senado, como assembléias moderadoras, chamado para estabilizar a vida política e evitar a tirania (destaca esse apelo ao Senado em Oceano e Stephanus Iunius Brutus (Mornay du Plessis) *Vindiciae contra tyrannos sive de principiis in Populum, Populoque in Principem, legitima potestate*, Edimbugo, 1579).⁸⁰

80 ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 1988; Einaudi, M. *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Giappichelli, Turim, 1931; Lombardi, G. *Note sul controllo degli atti del sovrano negli Stati sabandi ad opera delle supreme magistrature nel periodo dell' Assolutismo*, em *Annali scuola speciale per archivisti e bibliotecari*, Univ. Roma, janeiro/junho, 1962, Giuffrè, Milão, 1962.

A própria expressão defesa da Constituição apresenta ambigüidades em sua própria noção, sendo que elas decorrem da definição de “defesa” (neutra ou política) ou de Constituição (norma ou situação). O trabalho de Gustavo Zagrebelsky, ao falar em Justiça Constitucional, explica que se trata de um tipo particular de defesa da Constituição, reservando essa denominação para a decisão judiciária, segundo a qual a norma constitucional positiva está acima das demais controvérsias políticas. Essa controvérsia pode ser de três tipos: tratando do ato jurídico em si e per si; da sua relação com o Direito constitucional e seu comportamento perante a Constituição, frente as ameaças que surgem.

Essa garantia judiciária do Direito Constitucional positivo afirma-se, historicamente, quando se realiza, pelo menos, duas condições de ordem constitucional. A compreensão do significado, do poder e dos limites da Justiça Constitucional, não pode ser fundamentalmente conhecida, senão em relação com essa condição. Esse tratamento da Justiça Constitucional pressupõe um discurso preliminar sobre a Constituição como categoria geral, nas diversas fases do desenvolvimento do ordenamento estatal. É um discurso difícil de ser caracterizado em determinada época constitucional, em decorrência dos elementos típicos e do inevitável resíduo do passado e a antecipação do futuro.

São condições da Justiça Constitucional:

- 1 - as de caráter jurídico-formal; a Constituição como norma jurídica;
- 2 - as de caráter político substancial; o pluralismo da força constitucional.

A primeira é condição teórica da Justiça Constitucional; ao passo que a segunda é prática. As duas são importantes, nenhuma será suficiente, se estiver só, precisam articular-se.

Considerando a Constituição no mundo antigo, entendeu a doutrina da impossibilidade de ser ali localizada, qualquer forma de Justiça Constitucional.⁸¹

O pressuposto teórica da Justiça Constitucional realiza-se, com a Constituição revolucionária, americana e francesa. A Constituição passa a ter o significado de norma constitutiva e regulativa da vida política, operando-se em sua própria esfera objetiva, independentemente de relações de força proveniente de outros sujeitos constitucionais. Ela vem concebida, pela primeira vez, como norma jurídica capaz de influenciar na vida constitucional. A Constituição opera, como coordenadora das relações materiais. Desse entendimento deriva a possibilidade teórica de um sistema de garantia constitucional, no qual o órgão independente e dotado de força constitucional é chamado a resolver controvérsias, relacionadas com a aplicação do Direito Constitucional. A Constituição, como norma jurídica iminente, atua sobre os atos, relações e o comportamento dos órgãos constitucionais, tornando possível, seu aperfeiçoamento lógico e interpretativo, através de um órgão da Constituição, chamado a defendê-la e aplicá-la, nos casos em que surgem controvérsias de Direito Constitucional.

Existe, assim, derivação lógica entre a Constituição escrita e a Justiça Constitucional. É essa a base dos dois grandes discursos fundadores da Justiça Constitucional, nos Estados Unidos e França, na época de suas primeiras constituições: a decisão da Suprema Corte, no caso *Madison versus Marbury* (1803), com a manifestação pretoriana de Marshall e a proposta do Abade Sieyès, de 1795.

81 **BLONDEL, A.** *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Etude critique comparative: Etats Unis France, Sirey. Paris-Aix en Provence, 1928; Cappelletti. Mauro. Il Controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, Giuffrè, Milão, 1968.*

A doutrina do Juiz Marshall entendeu que a Constituição é lei de suprema imodificabilidade, quando confrontada com lei ordinária. A lei que contraria a Constituição não pode ser assim considerada; qualquer ato legislativo contrastante com a Constituição é nulo. Se uma lei ofender a Constituição, o juiz tem o dever de desaplicá-la. A Constituição norte-americana não atribuí expressamente à Corte Suprema e ao Juiz, o poder de desaplicar leis contrárias à Constituição.

O abade Sieyès, tratando da garantia constitucional, salientou o significado da Constituição como um corpo de leis obrigatórias, que devem ser guardadas e respeitadas, por determinada magistratura. Entende que a lei, qualquer que seja a sua natureza, poderá ser violada. É nessa oportunidade que fala no acolhimento de recurso, contra a violação da Constituição. Ao mesmo tempo, pergunta se à magistratura civil poderia incumbir-se dessa alta missão. Entende que não, desde que não se deve desconhecer a importância do ato constitucional, que não pode ser reduzido ao que se encontra nos títulos do Código Civil. Insiste e demonstra a necessidade de freio constitucional, exercido pelo Jury Constitutionnaire. Por esse modelo, mantém-se, fielmente, o espírito constitucional; ocupa-se, por meio dele, de todos os mecanismos que possa servir ao aperfeiçoamento da Constituição; indica que as liberdades civis, em ocasiões graves, em que as leis de tutela dos direitos são descumpridas, predomina a sua garantia, através do Jury Constitutionnaire, como Tribunal de cassação, na ordem constitucional.

A proposta de Sieyès não se assemelha, em todas as conseqüências, à doutrina do juiz Marshall, base do sistema de controle judiciário da lei (judicial review of legislation): “Le ragioni del diverso esito attengono nou più alla premessa teorica della giustizia costituzionale, che si era realizzata in entrambi i contesti, sua alla premessa concreta, che esisteva negli Stati Uniti e non

esistette per molto tempo né in Francia né negli altri stati europei continentali”.⁸²

A expressão Justiça Constitucional não aparece na doutrina constitucional inglesa e norteamericana, mas podemos, em torno do exame de suas especificidade, apontar alguns momentos em que as Cortes se aproximam, na efetivação de suas decisões constitucionais.

Ivor Jennings, como outros doutrinadores na Inglaterra, em capítulos dedicados às Cortes e à Constituição (The Law and the Constitution - The Courts and the Constitution The Law and the Courts), examina o assunto a partir da referência às Cortes e à Constituição escrita, dizendo que o texto fundamental, usualmente, estabelece uma Suprema Corte (Supreme Court). Nesses termos, o “judicial power” aparece investido nessas instituições. Tratando das Cortes no sistema constitucional inglês, acentua que ali ocorre dificuldades em defini-las, com precisão. Sabe-se que a High Court e a Court of Appeal são Cortes (We have no difficulty in asserting that the county courts are courts). Mas ao mesmo tempo, não se pode esquecer que a House of Lords é uma Corte, ocorrendo dificuldades para as suas funções.

As ordens de prohibition e certiorari, considerados os mais importantes instrumentos para anulação de atos administrativos das autoridades, quando não são autorizadas por lei, são apreciados apenas em inferior courts. Aponta as dificuldades da distinção entre

82 SIEYES, EMMANUEL. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Librairie Droz, Genève, 1970. Zagrebelsky, La giustizia costituzionale, ob. cit., p. 18; Thayer, F. E. Bradley. *The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, em *Legal Essays*, Boston, 1908; *Civil Rights and Equality*. Introdução de Kenneth L. Karst. *Selections from the Encyclopedia of the American Constitution*, Editado por Leonard W. Levy, Kenneth L. Karst e Dennis J. Mahoney. Macmillan Publishing Company. New York. Collier Macmillan Publishers, London. 1989; Irons, Peter. *The Courage of Their Convictions*. The Free Press. A Division of Macmillan, Inc, New York. Collier Macmillan Publishers. London, 1988; Williams, Jerre S. *Constitutional Analysis in a Nutshell*. St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1979; Barron, Jerome A. Dienes. C. Thomas. *Constitutional Law in a Nutshell*. St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1986; Hughes, Charles Evans. *The Supreme Court of the United States. Its Foundation, Methods and Achievements: An Interpretation*. Columbia University Press. New York e London. 1966; Tribe. Laurence H. *American Constitutional Law*. Mineola, New York. Foundation Press, Inc, 1988.

suas funções e a função judicial, que não ocorre de maneira clara e definitiva. A High Court, a Court of Appeal, a House of Lords e o Judicial Committee of the Privy Council, têm como atribuições administrar as leis civis e criminais. Essas Cortes têm três características:

- a) Em primeiro lugar é a sua subordinação à legislatura, pelo que agem igualmente como as autoridades administrativas. Essa configuração decorre da supremacia do Parlamento. Elas não recebem seus poderes da Constituição, usam a common law. Os estatutos dão poderes à High Court, que por sua vez decorrem dos precedentes; ela exerce certos poderes derivados da common law e outros decorrem do estatuto. Diferem das Cortes dos Estados Unidos, da Austrália e da Irlanda. A primeira questão que deve ser respondida é a de se a legislação é válida para a Constituição.
- b) A segunda característica das Cortes é a sua independência das autoridades administrativas. Os juizes das cortes superiores deliberam com independência.
- c) Como terceira característica, encontra-se o método judicial. A Corte, normalmente, exerce atos públicos, nos quais as partes podem ser representadas por seus advogados. A evidência ocorre na Corte aberta, o processo é regulado por regras para tornar possível, de maneira razoável, a proteção de um inocente ou pessoa injuriada.

A importância da “open Court” efetiva-se pela compreensão de que membros pertencentes ao público, podem estar presentes nos julgamentos e a imprensa pode noticiar o caso em julgamento.

A evidência é outra característica do Processo Judicial inglês. Fatos podem ser provados por suas evidências, pois auxiliam a Corte a aproximar, de certa maneira, da verdade.

As Cortes, no que se refere às suas funções, têm dois grupos de atividades. Entre as primeiras, podemos destacar: “The first group contains the function which the courts administer, namely, ordinary civil and criminal justice”.⁸³

No segundo grupo de funções, está o controle judicial das autoridades administrativas. Esse controle é exercido sobre algumas autoridades, através do apelo a uma Corte judiciária. Ele efetiva-se, também, sobre autoridades administrativas, no que se refere ao seu poder legal, podendo ocorrer uma injunction ou uma declaração de ilegalidade, (Jennings, Declaratory Judgment against Public Authorities in England, em Yale Law Journal, 51).

O terceiro método de controle consiste na utilização de remédios ordinários, por meio de procedimentos, quando a autoridade pública comete ato ilegal, ou injuria a uma pessoa particular ou pública (Crown Proceedings Act, 1947).

A Inglaterra só admite a justiça da Coroa, cujo princípio é a própria base da ordem pública. Essa justiça possui elevado grau para se fazer respeitar a si mesma e a liberdade, a propriedade e a pessoa do cidadão. A lei sobre a difamação (libel) protege o caráter do indivíduo, não permitindo que qualquer pessoa se arrogue o direito de antecipar à manifestação dos Tribunais, alargando ou substituindo as decisões. Vários dos direitos constitucionais dos cidadãos (liberdade do indivíduo - direito de reunião) têm suas origens em casos particulares, nos quais os Tribunais foram chamados

83 JENNINGS, Ivor. The Law and the Constitution. University of London Press Ltd., Londres, 1956, 4ª edição; idem, The British Constitution. The Syndics of the Cambridge University Press, 1966; idem, Governo de Gabinete. Senado Federal. Brasília, 1979, Tradução e Introdução de Lêda Boechat Rodrigues; Bagehot, The English Constitution, Oxford University Press, World Classics; Pickthorn, Kenneth. Some historical principles of Constitution, Cap. III, Philip Allan and Co., Londres; Low, Sidney. The Governance of England, Fisher Unwin; Dicey. Introduction of the Study of Law of Constitution; the Law of the Constitution, A Liberty Classics Edition, Liberty Fund, Indianópolis, 1.922. Jennings, Ivor. Constitutional Interpretation. The Experience of Canada, Harvard Law Review, Vol. II; idem. Judicial Process at its Worst, Modern Law Review, Vol. I; Anson, W. R. Law and Custom of the Constitution, 1911; E. Boutmy. E. The Development of the English Constitution, 1891; Dicey, A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 1908, 7ª edição; Jennings, Ivor. A Constituição Britânica. Editora Universidade de Brasília. Pensamento Político, 30, Brasília, 1981.

a decidir. É nesse sentido que Dicey afirma que enquanto esses direitos, em outros sistemas, decorrem de uma constituição, na Inglaterra são consequência dos direitos individuais. Havendo prisão ilegal, o cidadão utiliza-se de três meios para obter justiça: a) pode solicitar um writ de habeas corpus; b) apresentar queixa por prisão ilegal contra o Tribunal que o condenou; c) apresentar queixa por vias de fato, contra aquele que o prendeu.

Na base da magistratura, está o juiz de Paz (the Justice of the Peace), instituído em 1327, como magistrado local, nomeado pelo soberano; é o guardião da paz na circunscrição que lhe foi confiada. Tem como tarefa mandar apresentar os delinqüentes perante os tribunais; pode punir imediatamente, quando se trata de delitos de pequena gravidade. Suas atribuições sofreram modificações, com o Local Government Act, de 1888.

A justiça atua, desde que ocorra crimes ou desavenças, motivada por questões de interesses. São feitas críticas sobre os enormes encargos, quando os processos se arrastam nos Tribunais, principalmente quando são decididos em última instância, isto é, na Higher Court of Appeal of the House of Lords, através das intervenções de advogados (solicitors e barristers).

Processos menores são julgados por tribunal local, os County Courts, cujos magistrados são homens de leis (lawyers), advogados ou outros, que têm grande experiência, isto é, dez anos de prática, sendo nomeados pelo Lord Chancellor. Foram instituídos em 1846, em substituição ao Tribunal do sheriff, que no século XIII tinha jurisdição limitada às questões de valor até 40 shillings. Nas 400 regiões, em cada uma delas funciona o County Court.

Quando é praticado delito ou crime, surge a intervenção da polícia. A polícia dos Condados (County police) tem o juiz do Tribunal de Polícia (Police Court), presidido pelo Police magistrate (juiz do tribunal de simples polícia ou correccional), que conforme

os casos, absolve ou condena, com multa ou prisão. Quando o delito é grave, o magistrado envia o processo para tribunal superior, denominado Quarter Sessions, porque as sessões são trimestrais, foi criado em 1360. Os juizes são denominados County magistrates nas vilas e centros mais importantes, sendo que as funções são desempenhadas por um juiz municipal, denominado Recorder. Na ocorrência de um inquérito (inquest) é ele dirigido por oficial da polícia judiciária, denominado Coroner. Quando as suspeitas recaem sobre alguém, causador da morte, o Coroner manda expedir o mandado de captura contra essa pessoa (issue a warrant). Depois o processo é remetido à High Court of Justice.

Os processos passam pelos tribunais de simples polícia para o High Court of Justice. A High Court está dividida em três sessões ou Câmaras (divisions): a) A King's Bench Division, com competência para julgar matéria civil e criminal. O presidente é o Lord Chief Justice, assistido por 17 Juizes, nomeados por escolha, não por concurso. São recrutados entre os advogados que se distinguiram em sua carreira no Tribunal (They are raised to the Bench); b) A Chancery Division, julga processos relativos a bens e interesses pecuniários. O Presidente do Tribunal é o Lord Chancellor, assistido por seis juizes; c) A Probate, Divorce and Admiralty Division que cuida da validação dos testamentos, dos divórcios e questões marítimas.

Na composição da High Court existe, também, a Court of Criminal Appeal, acima dela existe, como último escalão, a Higher Court of Appeal of the House of Lords, equivalente ao Tribunal de Cassação da França. É presidido pelo Lord Chancellor, assistido por 6 Lords of Appeal in ordinary e por membros da Câmara de Lordes, que ocuparam funções na Magistratura. Para julgar recursos de causas que foram decididas pelos Tribunais dos Domínios, das Colônias e das Dependências existe o Judicial Committee of the Privy Council, desempenhado a função de Tribunal Imperial de Apelação.

Em 1908 foram criados tribunais de menores (juvenile courts), onde os juizes ocupam do bem estar e do futuro dos jovens delinqüentes.

A Câmara dos Lordes é o Tribunal final de apelação do sistema judicial, para várias causas legais que surgem no Reino Unido. No ano de 1873 pretendeu-se abolir essa jurisdição. A Câmara dos Lordes para assunto judicial é, na realidade, não em lei, órgão diferente da Câmara dos Lordes para assunto legislativo.

Estudos sobre Introdução Geral à Constituição, e Introdução ao Estado de Direito Constitucional, destacam o tema “A Justiça e a Rainha,⁸⁴ colocando entre as peculiaridades do constitucionalismo inglês, o entendimento de que embora os Tribunais tenham ficado sujeitos à autoridade do Parlamento, mantiveram grande prestígio. O Parlamento e os Tribunais, as leis escritas e o direito costumeiro (the statute law and the common law), realizaram aliança entre iguais, apesar de poder o Parlamento anular decisões dos Tribunais e as leis escritas suplantarem o direito costumeiro (the common law), convindo ressaltar que o alto prestígio dos juizes é peculiar aos sistemas jurídicos que procuram inspiração no modelo inglês.

O Parlamento e os Tribunais recebem sua autoridade do Rei, ao mesmo tempo que fizeram aliança contra ele. Court ou Tribunal, com o tempo, adquiriu, gradualmente, significado especializado, como uma reunião na qual os magistrados do Rei administram o direito em nome dele. A expressão o Rei held court (estava na Corte) referia-se ao seu aparecimento em público, quando discutia assuntos com seus cortesãos, apreciava petições e baixava ordens relativas as mesmas, decidindo disputas entre pessoas sujeitas à sua jurisdição. As funções, com o tempo, foram gradualmente diferenciadas. Algumas delas passaram para a High Court of Parliament (Alta Corte do Parlamento) outras para as Cortes de Justiça de sua Magestade e

84JENNINGS, Ivor. The British Constitution. Cambridge University Press, 1951, 4ª edição.

algumas para o próprio Rei, quando reúne a Corte (when she holds a court). A Alta Corte do Parlamento passou a ser a maior das Cortes; enquanto que as ordens do Rei ou da Rainha no Parlamento, denominadas Leis de Parlamento, obrigam os Juizes de sua Magestade e serão por eles executados nas Cortes de Justiça.

Em todas essas fases acentuam-se as preocupações com os direitos constitucionais (constitutional rights), com os abusos e os remédios constitucionais (constitutional wrongs and constitutional remedies). Ao lado da concretização dessas garantias constitucionais básicas, surge a formalização das regras de equidade. Os propósitos práticos do *due process of law* ou processo legal regular, interpretação, no século quatorze, do capítulo 29 da Magna Carta, transformou-se, posteriormente, no processo segundo a *common law* ou a equidade.

No desenvolvimento do constitucionalismo, situam-se as preocupações em torno da Constituição Britânica, através da utilização dos métodos histórico, legal, analítico e crítico. Criou-se um sistema único e coerente de direito, conhecido como direito costumeiro (the common law of England). O *common law*, com sua insuperável autoridade, emanava do Rei e era aplicado por seus magistrados, em seu nome. Lêda Boechat Rodrigues ressalta a extensão em que as batalhas constitucionais foram travadas nas Cortes de Justiça, em casos padrão (in leading cases). Ao mesmo tempo, os juristas políticos (lawyer - politicians) tomavam conta dos debates no Parlamento e citavam, em grande profusão, os precedentes. Cooke, após sua demissão do cargo de Chief of Justice, Presidente da mais alta Corte de Justiça da Inglaterra, afirmava que a liberdade deveria ser assegurada pelos princípios derivados dos precedentes existentes na *Common law*. A importância da *common law* da Constituição não se consubstanciava em princípios teóricos da obrigação política, mas em princípios práticos de administração legal. Vários foram os conflitos entre as prerrogativas e o Parlamento, representativos muito mais das dissensões existentes sobre as

prerrogativas das Cortes, o direito de tributar, a suspensão e isenção de leis, a prisão arbitrária, o julgamento pelo juri e o habeas corpus.⁸⁵

A Teoria da Constituição, na Inglaterra, nas palavras de Blackstone, Cook, Boutmy, Bagehot, Hallam, Hearn, Gardiner, Freeman, Stubbs, Todd e Dicey, entre os clássicos, ressalta as dificuldades particulares para comentar a Constituição da Inglaterra. Blackstone em seus “Comentaires”, não fala, propriamente em Direito Constitucional. As questões que se assemelham a essa matéria, na maioria das vezes, são estudados sob a rubrica “Droits des personnes”. Boutmy (*Etudes de Droit Constitutionnel*) apresenta como fontes do Direito Constitucional inglês: 1 - Os tratados, isto é, Atos de União; 2 - A common law; 3 - os acordos solenes (pactos) isto é, Bill of Rights; 4 - Os statutes.

Essa temática destaca o caráter e a natureza da soberania parlamentar, ao lado da autoridade legislativa ilimitada do Parlamento. Mesmo assim, referindo-se às Cortes de Justiça, Dicey afirma que grande parte do direito inglês é, em realidade obra dos juizes. Indica, para quem deseja compreender a natureza da legislação judiciária inglesa, deve ler a leitura do admirável ensaio de Pollock (*Science of Case Law*). A adesão dos juizes ao precedente, isto é, o hábito de decidir um caso, seguindo um princípio ou um suposto princípio que decidiu um caso anterior, é a circunstância que leva os tribunais à formação gradual de regras determinadas, que são na realidade leis. A legislação judiciária, pode parecer, à primeira vista, inconciliável com a supremacia do Parlamento. Os juizes ingleses não exercem o poder de revogar um Statute, enquanto que os Acts do Parlamento podem constantemente influenciar no direito feito pelos juizes. A legislação judiciária é, em suma, uma legislação subordinada, colocada em vigor com o assentimento do Parlamento e sob seu controle.

85 JENNINGS, Ivor. *Governo de Gabinete*. Tradução e Introdução de Leda Boechat Rodrigues, Senado Federal, Brasília, 1979.

Assegura-se a liberdade individual, na Inglaterra, não por proveniência de alguma disposição geral contida em documento escrito. Destaca-se o papel da Magna Chart (art. 39) assim redigido: *Nullus liber homo capiatur, vel per legem terroe*).

Esse texto deve combinar-se com as declarações do *Petition of Right*. A proclamação, em uma Constituição, do direito à liberdade individual ou mesmo qualquer outro direito, produz, por ela própria, uma garantia do direito, muito mais do que apenas sua existência nominal. O direito à liberdade individual, tal como é compreendido na Inglaterra, significa substancialmente, o direito que possui toda pessoa de não ser preso, maltratado ou submetido a toda espécie de coação física, sem justificação legal. Toda coação física, *prima facie*, é ilegal e não pode ser justificada. Os documentos legais fornecem, constantemente, a melhor explicação e ilustração dos princípios legais. No que se refere ao direito ao *Writ of Habeas Corpus*, ele surgiu na Inglaterra, há muito tempo, com a adoção em 1679, do *Habeas Corpus Act*. A história desse instituto demonstra a grande importância atribuída na Constituição inglesa aos remédios, isto é, aos procedimentos que asseguram o respeito de um direito legal, que se transforma de um direito simplesmente nominal, em um direito efetivo ou real. Os *Habeas Corpus Acts* são essencialmente os atos processuais destinados a regular o mecanismo legal, graças ao qual será sancionado o direito reconhecido a uma pessoa, de proteger sua liberdade individual. As obras legislativas (*Petition of Right - Bill of Right*), bem como o *Habeas Corpus Act* demonstram que a lei da Constituição inglesa, no fundo, corresponde ao direito feito pelos juizes (*Judge-made-law*).

As críticas à Constituição inglesa destacam os efeitos dos *Acts of Habeas Corpus* para garantir a liberdade dos cidadãos.

A relação entre o direito da Constituição e as Convenções da Constituição constitui tema significativo do constitucionalismo britânico. Existe diferença essencial entre a lei da Constituição,

aquela que compõe as regras sancionadas e reconhecidas pelos Tribunais, formada por um corpo de leis, no significado exato da palavra, e as Convenções da Constituição, composta de costumes, práticas e máximos ou de precedentes não sancionados, nem reconhecidos pelos Tribunais, formado não um corpo de leis, mas um corpo de moral constitucional ou política. Discute-se, no que se refere às sanções das Convenções da Constituição, como elas se caracterizam, para de maneira definitiva assegurar a observância das mesmas. Admite-se que essas Convenções constitucionais não são leis. Diversas convenções ou máximas da vida pública são factíveis até certo ponto, algumas delas são rigorosamente obedecidas.⁸⁶

O sistema legal inglês, no que se refere às Leis e as Cortes, configura-se pela *Common law*, pela *equity* e pelo *statute law*.

O *Queen's Bench Division* da *High Court* supervisiona a administração da justiça nas Cortes inferiores (*magistrates' courts*, *administration tribunals* e *subordinate tribunals*), esse papel destaca-se, principalmente nas ordens de: a) *mandamus*; b) *prohibition*; c) *certiorari* e d) *declaratory judgement*.

A justiça inglesa apresenta particularidades que a distingue de outros sistemas constitucionais judiciais.⁸⁷

No constitucionalismo norteamericano vamos encontrar a idéia de uma Constituição, como guardião institucional, materializado em um grupo de magistrados, no artigo 78 do *The Federalist*, escrito por Alexander Hamilton. Sob a denominação dos juizes como guardiões da Constituição, aparece a análise do Poder Judiciário do governo proposto. A maneira de organiza-lo compreende vários tópicos: o processo de nomeação dos juizes; o

⁸⁶DICEY, A. V. *Introduction a L'Etude du Droit Constitutionnel*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1902. Tradução francesa de André Batut e Gaston Jèze. Prefácio de A. Ribot; Barker, Ernest. *Essays on Government*, At The Clarendon Press, Oxford, 1951, 2ª edição, Agesta, Luis Sanchez. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. Editora Nacional, Madrid, 1968, pp. 126 e ss.

⁸⁷PADFIELD, Colin F. *British Constitution Made Simple*. Made Simple Books. W. H. Allen, Londres, A Howard & Wyndham Company, 1972, pp. 188 e ss.

período durante o qual eles deveriam ser mantidos nos cargos; a repartição da autoridade pelas diferentes cortes e as relações entre elas. Pelo projeto apresentado pela convenção, deveriam ser mantidos em seus cargos, enquanto bem se conduzissem. A integral independência das Cortes de Justiça é essencial em uma Constituição. No que se refere à competência das Cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, desde que contrários à Constituição, tal prática foi entendida como superioridade do Judiciário ao Legislativo.⁸⁸

Antes do caso Marbury estava delineada a idéia de um poder independente, que garantisse a Constituição, como norma fundamental. Para Hamilton, os juizes seriam intérpretes da vontade popular, ao aplicarem a Constituição. Com Marshall, no caso Marbury vs. Madison, estabeleceu-se o marco doutrinário sobre o princípio da constitucionalidade e as tarefas de fiscalização da conformidade das normas inferiores perante a Constituição. A Suprema Corte pode efetuar a revisão judicial, dos casos que envolvam as diferentes manifestações judiciárias, agindo como magistratura nacional unificadora. Ela possui jurisdição obrigatória, nos casos de conflitos entre os Estados federados, essa tarefa é considerada como de original jurisdiction. Aprecia casos de declaração de inconstitucionalidade de lei do Congresso, quando o governo é parte; aprecia casos de declaração de inconstitucionalidade de lei federal pelo Supremo Tribunal de um Estado; casos de aplicação de lei considerada inconstitucional por tribunais estaduais, bem como anulação de lei estadual por tribunal federal, quando há arguição de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

O Sistema Nacional de Cortes ou a distribuição do poder judiciário, nos Estados Unidos, tem sido problema, desde os dias de criação e primeira implementação da Constituição. No Artigo III, a

⁸⁸ HAMILTON, Alexander. Madison, James. Jay, John. O Federalista. Pensamentos Políticos, n. 62. Editora Universidade de Brasília. Brasília, 1984. Introdução e Notas de Benjamin Fletcher Wright. Tradução de Heitor Almeida Herrera, pp. 575 e ss.

Convenção definia os tipos de casos e controvérsias que o poder judiciário dos Estados Unidos deveria apreciar, mantendo a existência de uma singular e nacional Suprema Corte. A Suprema Corte, com o correr do tempo, adquiriu dupla imagem. Uma popular, refere-se à imagem de expectativas públicas. Essa Corte harmoniza as relações entre os segmentos do governo; protege os direitos civis e liberdades, além de salvaguardar os direitos das pessoas e a propriedade. A Corte alertou o povo norteamericano sobre os valores da Constituição.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em sua concepção e em suas funções, é peculiarmente norteamericana, devendo pouco às instituições judiciais anteriores, a não ser a tradição do direito e dos procedimentos judiciais anglo-saxões. A administração federal da justiça era parte fundamental, na concepção de um governo nacional do tipo federal, pelo que necessitava de um Tribunal que interpretasse a legislação. A convenção pronunciou-se pela criação de um Tribunal Supremo, pelo que o Comitê redigiu o seguinte artigo: O Poder Judicial dos Estados Unidos residirá em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores.⁸⁹ Estabeleceu-se a jurisdição da Suprema Corte, como tribunal independente e exclusivamente judicial. Desde o início, a Corte limitou-se à tarefa judicial de resolver pleitos reais. Era essa a intenção constitucional, desde que estabelecia expressamente que a Corte conhecia de “casos” e “controvérsias”. Outro princípio entendia que a Corte não deveria apreciar questões que fossem consideradas como de natureza puramente política e não judicial. A Corte não deveria decidir questões sobre validade constitucional da legislação, a menos que essas questões sejam colocadas e tenham que ser necessariamente resolvidas. Pelo que a Corte deve considerar, no caso de uma lei ser razoavelmente susceptível de duas interpretações distintas, uma das quais é inconstitucional e outra válida, deve adotar a interpretação que

89 FRANKFURTER, E. Some Observations on the Nature of the Judicial Process of Supreme Court Litigation, 98 Proceedings of the American Philosophical Society 233 (1954).

preserva a sua constitucionalidade. Sendo a lei susceptível de duas interpretações, uma das quais provoque questão constitucional duvidosa, a Corte deverá pronunciar-se pela que é correta. Dentre esses princípios figura o de que a Suprema Corte não se ocupa de revisar questões de política legislativa, pelo que ela não inquire sobre os motivos que levaram o Congresso àquele procedimento.

O trabalho da Corte, sua organização e método estão ligados à Lei de Administração da Justiça, de 1789, que dispunha sobre a criação da Suprema Corte, composta por um magistrado presidente (Chief Justice) e outros cinco magistrados (Associate Justices). Esse número foi aumentado para seis em 1807, oito em 1837 e nove em 1863.

O princípio da separação de poderes, a revisão judicial dos atos legislativos e a declaração da supremacia da Constituição como lei, nos Estados Unidos assumem particularidades. A mencionada Lei Judicial de 1789, em seu artigo 25, passando por cima da omissão da Constituição, autorizou expressamente à Suprema Corte examinar, em apelação, as decisões dos Tribunais estaduais. Para Story, pelo Artigo III, da Constituição, o poder da Suprema Corte estendia-se a todos os casos, sendo que seria o caso e a Corte que determina a jurisdição. A jurisprudência entende a importância e a necessidade da uniformidade das decisões, em todos os Estados, sujeitos à Constituição federal. Juizes, em diferentes Estados, podem interpretar diferentemente uma lei ou um tratado dos Estados Unidos, regidos sob a mesma Constituição. Daí decorre a necessidade de uma autoridade revisora para controlar as decisões discordantes, procurando harmonizá-las, através da uniformidade. A Constituição foi feita para o benefício igual e comum a todo o povo dos Estados Unidos, sem essa determinação, as leis, os tratados e a própria Constituição nunca teriam a mesma força construtiva, a mesma obrigação ou eficácia em cada Estado. A interpretação da cláusula do “devido processo”, da Emenda XIV, como as de número XIII e XV tinham o objetivo de proteger e assegurar a liberdade.

Entre as atribuições da Suprema Corte, no que toca à interpretação da Constituição e das leis, desde que as Constituições usam geralmente linguagem ampla, é a sua exata compreensão que leva ao entendimento de seu sentido, através da interpretação judicial. Algumas cláusulas são mais precisas, deixando pouco espaço à interpretação, enquanto que outras são mais ambíguas ou indefinidas.

A Constituição norteamericana consagra governo de poderes separados e bem delimitados, apesar de não fixar linha bem tangível de separação. Existem setores em que dois ou mais poderes atuam, sendo que em certas ocasiões a atuação dos mesmos se sobrepõe, podendo ocorrer choque inevitável. A Suprema Corte é chamada a intervir, quando rompe o equilíbrio entre os poderes Executivo e Legislativo. Questiona-se, nessas ocasiões de conflito, o problema do juízo de legitimidade ou a validade dos atos de um dos segmentos do governo. A Suprema Corte, no exercício de suas funções, trata de adaptar os preceitos constitucionais às novas realidades. Nas suas relações com o executivo, submete-se qualquer ato de um funcionário público à juízo, sendo consideradas como normas típicas dessas apreciações: a) Writ of Mandamus; b) Injunction ou Writ of Prohibition; c) Habeas Corpus; d) Declaratory judgment.

A igual proteção das leis e o devido procedimento legal consubstanciam-se nas práticas das liberdades cívicas, sendo que as Dez primeiras emendas à Constituição consubstanciaram o que se denominou de Bill of Rights (Declaração de Direitos). A Suprema Corte passa a interpretar as diversas formas de concretização da liberdade, seja ela religiosa (“Reynolds v. U. S”, 1879 - “New v. U. S”, 1917 - “Torcaso v. Watkins”, 1961); liberdade de palavra e de imprensa (“People v. Crosswell”, 1804 - “a liberdade de imprensa e o direito de publicar com impunidade a verdade, com bons motivos e fins justificáveis, mesmo que se critique o governo, magistrados ou indivíduos, da doutrina de Hamilton); direitos de reunião e de

petição, tratados pela Suprema Corte como equivalentes à livre expressão (“Cox v. Louisiana”, 1965); direito de associação (“U. S. v. Cruikshank”, 1876); sindicalismo (“Adair v. U. S”, 1908 - “Coppage v. Kansas”, 1915); ameaça do comunismo (“Dennis v. U. S”, 1951); liberdade contratual (Slaughter House Cases, 1873); direito à subsistência (“Steward Machine Co. v. Davis”); direito à segurança (“Olmstead v. U. S”, 1928); direito à nacionalidade (“Pérez v. Brownell”, 1957); direito a passaporte (“Kent V. Dulles” - “Briehl v. Dulles” e “Dayton V. Dulles”, 1958); integração racial (“Brown V. Board of Education of Topeka”); direito à defesa (“Powell v. Alabama”, 1932); direito à igual representação (“Rappportionment Case”); direito ao voto (“Minor v. Happersett”, 1875).

Várias cláusulas constitucionais tiveram amplo alcance, não podendo privar qualquer pessoa do direito à vida, à liberdade e à propriedade, “sem o devido processo legal”.

A Suprema Corte, abrangendo os mais diversos temas, em numerosos casos, não encontrava lei ou precedente para resolver uma disputa. Como exemplo, cita-se a opinião de Cardozo, em “New Jersey v. Delaware”, em que se viu obrigado a examinar vários documentos antigos e interpretá-los à luz da Common Law, sem encontrar solução para o caso, pelo que recorreu, então ao Direito Internacional, através de decisões da Corte e de textos de autoridades reconhecidas, sem dar, ainda, uma regra positiva aplicável. Dizia Cardozo que o Direito Internacional ou a lei que rege as relações entre os Estados, tem as vezes, como o Common Law, existência indefinida, durante a qual é difícil distinguir os conceitos gerais de moralidade e justiça, até que um Tribunal imprima sua qualidade jurídica. Conclui-se que, em certas circunstâncias, a Corte está autorizada, debaixo da cláusula do poder de revisão judicial, a aplicar fórmula consoante com a justiça e as necessidades políticas e sociais de um sistema internacional ou inteestatal. A Suprema Corte não encontrando

qualquer jurisprudência aplicável, teve que criá-la, à luz da experiência e do direito, em situações mais ou menos similares.⁹⁰

O Poder Judiciário, nos Estados Unidos, é o poder de decidir “casos” e “causas”, de conformidade e com a lei e os métodos estabelecidos pelo costume e pelos princípios de direito. Ele implica certos atributos incidentais ou inerentes, como a faculdade de interpretar o direito em vigor, seja a Constituição, as leis do Congresso ou os precedentes judiciais, com autoridade que obriga constitucionalmente, os segmentos do governo. Ao lado desses atributos, profere decisões finais. O controle judicial ocorre através dos casos surgidos sob a Constituição, nos quais a validade de uma lei do Congresso, de um tratado ou de lei ou disposição constitucional ou de qualquer ato oficial que se pretenda baseado diretamente na Constituição, é questionada em face dela. Essa cláusula vincula-se à cláusula da supremacia (art. VI, 2), amparando a garantia constitucional do controle judicial (judicial review). Hamilton, em o *Federalista* (78), considerando a Constituição, entendia que a interpretação das leis é a função própria e peculiar dos tribunais. A Constituição é, de fato, e deve ser considerada pelos juizes como lei fundamental. A base constitucional do controle judicial, decorrente da Convenção Federal, via nesse mecanismo um modo de assegurar a conformidade das leis e das Constituições estaduais com a Lei Suprema do Estado, compreendendo a Constituição e as leis do Congresso feitas em obediência ao texto fundamental. O controle judicial é efetuado em conexão com a decisão de casos, com a finalidade de encontrar o direito aplicável ao caso. A Corte anuncia certas máximas de auto-restrição, enunciadas em virtude do reconhecimento extraordinário do controle judicial.

O estudo da jurisprudência da Corte Suprema, mostra o papel que ela teve na configuração do sistema jurídico e constitucional dos Estados Unidos. A repartição de competências entre o Estado

90 GALLAND. *Le Contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis*, Paris, 1932 (tese).

Federal e os Estados-membros, a regulamentação do comércio, o poder dos Estados Unidos sobre os serviços públicos e os territórios federais, o respeito recíproco das competências entre os Estados Membros, o controle da constitucionalidade das leis federais, os direitos do homem e as liberdades individuais, garantias do processo administrativo, a boa administração da justiça, controle do direito e do processo em matéria penal,⁹¹ segregação racial, liberdade de consciência e culto, liberdade de expressão, direitos políticos, constituem temas que foram objeto de revisão judicial pela Corte Suprema.⁹²

A Corte tem apreciado as maiores controvérsias sobre o alcance do poder governamental e a delegação de poderes particulares, no Governo nacional e nos outros níveis de governo.

A tutela da Constituição vincula-se ao problema da revisão judicial, sendo que para ser mantida, precisa de guardião. Essa preocupação já estava em Benjamin Constant (*Reflexions sobre las Constituciones y sus garantias*), ao propor converter o monarca em árbitro neutro, acima do equilíbrio dos poderes.

O *due process* é, em muitos casos, o exemplo mais característico do trabalho da interpretação constitucional, quando se adotou a Constituição em seu significado mais processual. É nesse sentido que a doutrina entende que a linguagem da Constituição é mais precisa em certas cláusulas do que em outras. Os Tribunais, em

91 **Due Process.** Criminal Penalty for drug addiction is cruel and unusual punishment, 47, Minnesota Law Review; Punishment for drugs addiction held cruel and unusual, 51, California Law Review; Bator. Finality in Criminal Law and Federal "habeas corpus", 76 Harvard Law Review, 1963.

92 **JUILLARD, Patrick.** *Jurisprudence Constitutionnelle de la Court Suprême des E'tats - Unis (1961-1963)*. Direção e Prefácio de Roger Pinto. Presses Universitárias de France, Paris, 1965; Baum, Lawrence. *A Suprema Corte Americana. Forense - Universitária*, Rio de Janeiro, 1987; Corwin, Edward S. *A Constituição Norte-Americana e o seu significado atual*. Prefácio, tradução e notas de Lêda Boechat Rodrigues, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1986; Gaviola, Carlos A. *El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, Tipografica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1965; Swisher, Carl Brent. *Decisões Históricas da Corte Suprema*, Forense, Rio, 1964; Hughes, Charles Evans. *La Suprema Corte dos Estados Unidos*. Fondo de Cultura Economica, México, 1946; Friedrich, Carl J. *Gobierno Constitucional y Democracia. Teoría y práctica en Europa y America*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, 2 vols.

muitos casos, tomaram a orientação para conhecer melhor a intenção dos que redigiram a Constituição.

Bernard Schwartz, ao tratar do papel mutável da Corte Suprema, lembra o Professor Friedmann, quando em 1948, chamou a atenção para as mudanças fundamentais da ideologia legal refletida na jurisdição daquela instituição julgadora, durante os dez últimos anos (Friedmann, "Book Review", 64 L. Q. Rev. (1948). Lembra a expressão de Corwin (Constitutional Revolution Ltd, 1941), feita para ressaltar o caráter e o significado de tais mudanças. Muitos reconhecem que a mais notável característica do sistema constitucional norteamericana é a doutrina da Supremacia Judiciária. Rememora, ainda, Lorde Bryce (The American Commonwealth, Vol. I) ao apontar a curiosidade, no espírito europeu, causadora de tanta discussão e admiração, para os direitos atribuídos à Corte Suprema e às funções por ela desempenhadas na guarda da Constituição. Pela doutrina, a supremacia judiciária, por meio da Côte Suprema americana, tem decidido os conflitos entre os atos do Governo e a Constituição, fazendo-o por meio de formalidades técnicas dos processos judiciais. Esses mecanismos (afirmou o Juiz Jackson da Côte Suprema, em *The Stuggle for Judicial Supremacy*, 1941) são os instrumentos capitais do poder daquele sistema. Essa atuação do sistema americano tem configurado a expressão "Governo por ação judicial".

A doutrina da supremacia judiciária não entrou em vigor após a fundação da República americana, apesar de ter sido inicialmente enunciada no caso *Marbury V. Madison*, em 1803. No primeiro século de vigência da Constituição, questões importantes sobre o poder governamental foram resolvidas no Gabinete e no Plenário do Congresso, sendo que o controle judicial exercido pela Côte Suprema só se tornou importante do poder legislativo, em 1890. O aumento do papel da Côte deveu-se à aceitação da teoria do *laissez-faire* da função governamental. O caso *Lochner v. New York* (198 U. S. 45 (1905), que tratava de litígio sobre a constitucionalidade

de um estatuto de Nova York, fixando horas máximas para os padeiros, ilustra o comportamento da Suprema Côrte, no período de 1890 a 1937, em casos envolvendo o controle judicial da ação legislativa.

Nesse caso, a função do tribunal era considerada simplesmente como a de interpretar a lei. No mesmo sentido, entendeu-se que a Côrte Suprema não subjuga a Constituição federal, mas unicamente a interpreta, como já dizia Lorde Bryce. Para esse autor, não se tratava de meio tecnicismo, ao mesmo tempo que salientava que os juizes americanos, como os europeus se inclinam a afirmar, não controlam o Legislativo, mas simplesmente interpretam a lei. A palavra controlam apresenta ambigüidades, desde que implicaria que a entidade ou pessoa, estaria exercendo vontade pessoal discricionária. A vontade que deve predominar é a do povo, expressa na Constituição promulgada. Os juizes devem descobrir nas leis elaboradas no Estado, qual a vontade do povo a ser aplicada. Lord Bryce, na concepção que demonstrou o papel constitucional da Corte suprema americana, entendia que esse posicionamento é demonstrado nos acórdãos proferidos por aquele tribunal, antes de 1937. A Suprema Côrte, em pronunciamento de 1936, dizia que não pretendia arrogar-se em dominar ou controlar a ação dos representantes do povo. Considera-se que a interpretação em questão, é errônea. A Constituição, como suprema lei do Estado, foi ordenada e estabelecida pelo povo, daí que toda legislação deve conformar-se aos princípios fixados por ela. Desde que uma lei do Congresso é contestada nos tribunais, por não se conformar ao mandamento constitucional, o ramo judiciário do Governo que apreciou a matéria, deve por o artigo da Constituição, que prevalece ao lado da lei que é contestado, decidindo se essa última está de acordo com o texto constitucional invocado. Destaca-se moderação como a Côrte Suprema Federal, trata as arguições de inconstitucionalidade, desde 1937. A grande característica da Côrte é a moderação, como ela exerce o poder de controle judicial, ao

tratar das leis do Congresso. O Justice Frankfurter dizia que não competia inconstitucionalidade no que o Congresso aprova; mas deve-se procurar o caminho bem racional a fim de se evitar choque entre o Congresso e a Corte Suprema. A declaração de inconstitucionalidade pela Corte, pode acarretar consequências graves e profundas, que devem ser evitadas, a não ser que não haja outro remédio. Na prática, a Corte Suprema federal abandonou, em grande parte, seu papel controlador do Congresso. No exercício de sua função constitucional, a Corte Suprema deve atingir o equilíbrio entre a autoridade nacional e as estaduais, dentro do sistema federativo. A Corte Suprema tem grande destaque, como guardião das liberdades civis. Nos julgamentos que envolveu as liberdades civis, a Corte dedica-se à proteção dos direitos específicos, salvaguardados na Carta de Direitos e contidas nas oito primeiras Emendas à Constituição federal. Essa proteção das liberdades civis pela Corte Suprema, reforça o critério do “perigo evidente e atual, do Juiz Holmes. Essa doutrina é aplicada como o processo de determinação de validade das violações da liberdades civis.

O papel da Corte Suprema, na evolução do constitucionalismo americano, tem passado por várias alterações. Primou-se, em certa época, em ser a salvaguarda dos direitos de propriedade e preservação do sistema do *laissez-faire*. Mais tarde, passou-se a interessar, fundamentalmente, pelos direitos pessoais garantidos na Carta de Direitos, ao mesmo tempo, é árbitro do sistema federal. Essa modificação da competência da Corte Suprema, reflete alterações na ideologia jurídica comuns a profissão jurídica nos Estados Unidos, em geral.⁹³

As bases constitucionais da Suprema Corte decorrem da Constituição de 1787. Foi o único Tribunal previsto especificamente,

⁹³ The Changing Role of the Supreme Court (O papel mutável da Corte Suprema), em Bernard Schwartz, *American Constitutional Law*. At The University Press, Cambridge, 1955, pp. 207 e ss; **WOLFE CHRISTOPHER**. *La Transformacion de la Interpretacion Constitucional*, Editora Civitas, S. A., Madrid, 1.991, trad. de Maria Garcia Rubio de Casas e Sonsoles Valcárcel.

naquele texto. A Constituição estabeleceu que o Poder Judiciário dos Estados Unidos seria consagrado na Corte Suprema e nas Cortes inferiores que o Congresso, na época oportuna, ordenaria a estabelecer. Os juizes, tanto da Corte Suprema, como das Cortes inferiores, exerceriam suas atividades, com bom comportamento, recebendo por seus serviços, compensação que não poderia ser reduzida, enquanto permanecessem em suas atividades.

Os Atos Congressuais Básicos, pertencentes à primeira legislação, estabelecida pelo Congresso de 1789, são considerados como monumentais Atos Judiciários, sendo eles definidores do número das Côrtes federais, bem como de seus poderes. Dentre esses Atos, de maneira específica definiu-se que a Suprema Corte deveria constituir-se por um Chief Justice e cinco juizes associados.⁹⁴

No constitucionalismo americano destaca-se a posição doutrinária da teoria separação de poderes, nos moldes diferentes do constitucionalismo inglês, pelo que convém lembrar os dizeres de Walter Bagehot, ao afirmar que a estreita união ou quase completa fusão dos poderes legislativo e executivo, constituiu o eficiente segredo da Constituição inglesa.⁹⁵

Os termos “civil rights” e “equal citizenship” demonstram os esforços para a criação de maneiras tangíveis para efetivação no ideal de igualdade nas vidas dos povos subjugados, através da abolição da escravidão. Muitos escritores, usam “civil rights” para referir-se à igualdade civil, reservando “civil liberties” para as liberdades garantidas no Bill of Rights, incluindo as liberdades de falar, imprensa, reunião e religião. Incluem aí certo número de proteções, contra o abuso do processo criminal judicial.

⁹⁴ The Supreme Court, em Harold Zink, Government and Politics in United States, The Macmillan Company, New York, 1946, 3ª edição, pp. 446 e ss.

⁹⁵ BAGEHOT, Walter. The English Constitution, Londres, 1964; Piçarra, Nuno. A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Um Contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra, Editora, 1989.

A idéia de “civil rights”, inicialmente, incluía número limitado de direitos substantivos. Uma das maiores características dos direitos civis americanos foi a sua capacidade de expansão. Desde a Thirteenth Amendment (1865), abolindo a escravidão, constitucionalizando a Emancipation Proclamation (1863), várias conquistas foram atingidas.⁹⁶ Leis foram invalidadas, por futuras interpretações judiciais, chegando-se ao Civil Rights Act, de 1866.

Compreendeu-se que “civil rights” incluía direitos legais, tidos como básicos: movimentar-se, livremente, de um lugar para outro; ser protegido contra a violência privada; ser correto nas transações; fazer contratos; casar (to marry and be governed by ordinary family law). As Emendas e os diversos atos de Reconstruction, a doutrina política e constitucional, sofreu várias alterações. A promessa da igualdade civil, através de decisões judiciais, sofreu interpretações diversas. Duas decisões da Suprema Corte abrangeram a igualdade civil. Em Civil Rights Cases (1883), a Corte adotou a “state action”. O plessy v. Ferguson (1896), tratou da segregação de passageiros.

Os anos seguintes à Segunda Guerra Mundial deram origem ao início de uma segunda etapa dos direitos civis. Após décadas, a nação iniciou outra fase pela efetivação da igual cidadania (equal citizenship). O Civil Rights Act, de 1964, proibiu a discriminação racial em empregos, no mesmo sentido, destaca-se o Voting Rights Act, de 1965. Em todos os momentos, a Suprema Corte teve papel destacado. No ano de 1.970 iniciou-se outro movimento pelos direitos.

A Suprema Corte realiza interpretações dos direitos civis dos estatutos e das garantias constitucionais, da igual proteção, reforçando-os mutuamente. As preocupações com os direitos, aparecem no Pregnancy Discrimination Act (1978). Em duas décadas Cortes e Congresso acrescentaram ao elenco dos direitos

96 KINOY, Arthur. The Constitutional Right of Negro Freedom, Rutgers Law Review, 1987, 21:387. civis, que foram ampliando os novos direitos. Ressalte-se os efeitos do Vietnam e Watergate.

civis, um sofisticado corpo de leis sobre discriminação sexual. As novas formas da igualdade civil ampliaram e reconheceram os direitos constitucionais da mulher, no controle de seu próprio destino e das crianças. A questão do aborto passou a ser considerada como privativa ou o direito à vida, dando-se tratamento igual à mulher (civil rights-racial discrimination-equal protection of the laws - state action - racial equality from slavery to the Mid - Twentieth Century - slavery and the Mid - Twentieth Century - slavery and the Constitution - Abolitionist Constitutional Theory - Roberts v. City of Boston 5 Cush. (mass.) 198 (1850), Education - Slavery in the Territories - Dred Scott v. Sandford (19 Howard 393 (1857); Abraham Lincoln (1809 - 1965) - Emancipation Proclamation (12 Stat. 68 (1863) - Thirteenth Amendment (Framing) - Thirteenth Amendment (Judicial Interpretation) - Civil Rights Act of 1866 - Civil Rights Act of 1866 (Judicial Interpretation) - Fourteenth Amendment - Fifteenth Amendment (Framing and Ratification) - Fifteenth Amendment (Judicial Interpretation) - Voting Rights - Poll Tax - Literacy Test - Badges of Servitude - miscegenation - Peonage - Strauder v. West Virginia (100 U. S. 303 (1880); Virginia v. Rives 100 U.S. 313 (1880); Ex Parte Virginia and J. D. Coles 100 U. S. 339 (1880) - Civil Rights Act of 1875 (18 Stat. 335) - Compromise of 1877 - Civil Rights Cases - Yick Wo v. Hopkins (118 U.S. 356 (1886) - Segregation - Plessy v. Ferguson (163 U.S. 537 (1896) - John Marshall Harlan - Separate But Equal Doctrine - Discrete and Insular Minorities - Japanese American.⁹⁷

⁹⁷ **BLACK, Charles L. Jr.** "State Action" - Equal Protection, and California's Proposition. 14. Harvard Law Review, 81:69 - 109; **GRAHAM, Howard J.** Everyman's Constitution. Madison: State Historical Society of Wisconsin, 1968; **TEN BROEK, Jacobus.** Equal under Law. COLLIER BOOKS, New York, 1965; **BELZ, Herman.** Emancipation and Equal Rights: Politics and Constitutionalism in the Civil War Era, Norton, New York, 1978.